Der Uebergang des Besitzes der zum Nachlasse gehörigen Sachen auf den Nacherben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Erhard Neuwiem
Referendar
z. Zt. am Landgericht Breslau.

ACAD. LEOD. BAT. BIBL.

Breslau
Druck von H. Fleischmann
1912

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Korreferent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0183

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

Einleitung. 11

I. Allgemeiner Teil.

§ 1. Geschichtlicher Ueberblick 12
a) Römisches Recht.
b) Deutsches Recht.
c) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.
d) Die Stellung der Vorarbeiten zum BGB.

§ 2. Allgemeines über den Begriff und das Wesen des Besitzes . 27

§ 3. Die Vererblichkeit des Besitzes im Sinne des § 857 . . . 34

II. Besonderer Teil.

Die Vererblichkeit des Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben.

§ 4. Die Vererblichkeit des unmittelbaren Besitzes auf den Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge beim Tode des Vorerben 37

§ 5. Die Vererblichkeit des unmittelbaren Besitzes auf den Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge bei Lebzeiten des Vorerben 59

§ 6. Die Vererblichkeit des mittelbaren Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben 68

Schluss: Die praktische Bedeutung des Uebergangs des Besitzes der zum Nachlass gehörenden Sachen auf den Nacherben, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob der Nacherbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorerben gegen sich gelten lassen muss. 68

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828.

Albrecht, Carl: Der Besitz des Erben nach bürgerlichem Recht. Diss. München 1905

Bähr: Zur Besitzlehre in Iherings Jahrbüchern. Bd. 26, S. 224 ff.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruchots Beitr. Bd. 42, S. 645 ff.

Behrend: v Anevangt und Erbengewere. Berlin 1885.

Bekker: Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1885.

Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen BCB. Breslau 1898.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. Berlin 1903.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach BGB. 1. Teil Leipzig 1901. 2. Teil 1903. 3. Teil 1905.

Binder: Der Gegenstand, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht begründet von Goldschmidt. Bd. 59, S 1 ff.

Binder: Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34, S. 209 ff.

Birkmeyer: Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Erlangen 1879.

Bleckwenn: Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft. Diss. Göttingen 1905.

Böhm: Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. Hannover 1900.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Bd. 1, Erlangen 1873.

Cosack: Der Besitz des Erben. Weimar 1877.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Jena 1910; Bd. 2, 1904

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig, Bd. I, 1900; Bd 3, 1905.

Crull: Der Besitz des Erben unter besonderer Berücksichtigung des Besitzbegriffs überhaupt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Rostock 1906.

Denkschrift zu dem dem Reichstag vorgelegten Entwurf eines BGB. nebst Anlagen I—III, Berlin 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. III, 3. Aufl. Halle 1904; Bd. 5, 1905.

Dernburg, System des römischen Rechts 1912.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2 Bd. Berlin 1904.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. Bd. 2, Abt. 1: Sachenrecht 1905 und Bd. III, Erbrecht, Berlin 1899.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts. Berlin 1909.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 2. Aufl Marburg 1901.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II 1. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 49.

Entscheidungen des Königl. Obertribunals Bd. 18.

Fischer, Otto: Recht und Rechtsschutz in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. Berlin 1889. H. 6.

Fischer, Otto: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Tübingen und Leipzig 1887.

Fischer, Otto: Ziel und Methode des rechtsgeschichtlichen Unterrichts 1908.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht. Bd. 4, Berlin 1897.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. 1897 in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. I. Bd. 4 H.

Gierke: Grundzüge des deutschen Privatrechts in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie, Bd. 2, 1905.

Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 2, 1905.

Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre, 1884.

Goldschmidt: Vermischte Schriften, Bd. I, Berlin 1901.

Grosse; Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben. 1905.

Gundermann: Englisches Privatrecht, 1864.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. I, Leipzig 1903.

Heusler: Die Gewere. Weimar 1872.

Holste: Die Vererbung des Sachbesitzes auf den Nacherben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Leipzig 1906.

Huber: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Bern, 1894.

v. Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.
v. Ihering: Der Besitz in Iherings Jahrbüchern Bd. 32.
Klingmüller: Ueber Sohms Gegenstand. In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. herausgegeben von Grünhut, Bd. 34, S. 486 ff.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum B.G.B. Nürnberg und Leipzig, Bd. 1 und 2, 1910
Kress: Besitz und Recht. Nürnberg 1909.
Kniep: Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, Rud.: Der Erbschaftsbesitz. Jena 1899. In den Abhandl zum Privatrecht u. Zivilprozess, Bd. II, 3. H.
— Institutionen des Römischen Rechts. Leipzig 1894.
Maenner: Das Sachenrecht nach dem BGB. München 1906.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Matthiass: Die Vererbung des Besitzes in der Festschrift der Rostocker Juristenfakultät 1904.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch Leipzig 1903.
Meyer, Herb.: Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
Meyer, Paul: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1904–1910.
Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe, veröffentlicht 1888.
Pininski, Graf v.: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. Bd. I, Leipzig 1885; Bd. 2, 1888.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3, 1906; Bd. 5, 1908.
Protokolle der zweiten Kommission veröffentlicht 1897–99.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 14.
Saleilles; Raym: De la possession des meubles en droit romain. Paris 1883.
v. Savigny: Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.
Seligsohn: Succession in den Besitz in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes. Bd. 26.
Siebenhaar, Kommentar zum Sächsischen BGB. III.
Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB. Leipzig 1905.
Sohm: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 28, S. 173 ff.
Sohm: Noch einmal der Gegenstand. In Iherings Jahrb. Bd. 53, S. 373 ff.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht Bd. II. 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 3, 1910; Bd. 5, 1909.

Stintzing, W.: Der Besitz. Eine rechtswissenschaftl. Abhandl. München 1. Teil, 1. Buch 1889; 2. Auch 1895.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Bd. 2, Berlin 1896.

Strohal: Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. 2 Bde. 1903, 1904.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. In Iherings Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff.

Strohal: Succession in den Besitz. Graz 1885.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

v. Roth, Bayrisches Zivilrecht 1. Auflage.

Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, 3. Aufl. 1906.

Unger, Oesterreichisches Erbrecht.

Wendt: Besitz und Innehabung im Arch. f. die ziv. Praxis, Bd. 74.

Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. im Arch. für die ziv. Praxis, Bd. 87.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl. 3 Bde. 1906.

Einleitung.

Dem Bedürfnis, die Rechtsschicksale des Vermögens nach dem Tode noch auf eine Reihe von Jahren hinaus bestimmen zu können, hat das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Einrichtung der Nacherbschaft (§§ 2100—2146) Rechnung getragen. Die bei der Nacherbschaft beteiligten Personen bezeichnet das B.G.B. mit Vorerben und Nacherben und versteht unter letzteren denjenigen, „welcher erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist“ (§ 2100). Ihm stellt es den Vorerben als denjenigen gegenüber, welcher zunächst Erbe wird.

Den Eintritt der Nacherbfolge kann in erster Linie der Erblasser bestimmen. Hat er die Bestimmung des Zeitpunktes oder des Ereignisses, mit dem die Nacherbfolge eintreten soll, unterlassen, so hat regelmässig der Tod des Vorerben als Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge zu gelten (§ 2106 Abs. 1).

Ueber die Wirkung des Eintritts der Nacherbfolge trifft § 2139 Bestimmung, welcher sagt: „Mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an“. Auf den Vorerben ist bereits mit dem Tode des Erblassers dessen Vermögen („Erbschaft“) als Ganzes übergegangen.

Ausser diesen, den Grundsatz der Universalsukzession ausdrückenden allgemeinen Vorschriften der §§ 2139, 1922 ist noch eine allerdings nicht im Erbrecht, sondern im Sachenrecht enthaltene Sonderbestimmung für den Ueber-

gang des Besitzes des Erblassers in § 857 gegeben, und zwar besagt sie: „Der Besitz geht auf den Erben über".

Während die allgemeine Vorschrift des § 1922 für den Nacherben in § 2139, wie sich aus dem Wortlaut beider Paragraphen ergibt, wiederholt ist, hat sich das Gesetz enthalten, den § 857 auch für den Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge ausdrücklich für anwendbar zu erklären.

Es entsteht nun die Frage: Ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung der § 857, der ja nur schlechthin von „Erbe" spricht, auch auf die Vererbung des Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben auszudehnen, oder lässt die rechtliche Natur der Nacherbfolge als einer zeitlich hinausgeschobenen Erbfolge dies nicht zu?

I. Allgemeiner Teil.

§ 1

Geschichtlicher Ueberblick.

Die spezielle Frage, ob der Besitz auf den Nacherben übergeht, kann auf eine besondere Geschichte nicht zurückblicken. Die folgenden rechtshistorischen Erörterungen haben vornehmlich nur die Aufgabe, den geschichtlichen Entwicklungsgang der Besitzvererblichkeit einerseits und der Nacherbschaft andererseits festzustellen.

a) Römisches Recht.

Das römische Recht wurde von dem Grundsatz der Kontinuität der Erbenstellung beherrscht. In der bekannten Rechtsregel „semel heres, semper heres" findet dieser Fundamentalgrundsatz des römischen Erbrechts seinen

Ausdruck[1]). Solange die Römer noch in einfachen Rechtsverhältnissen lebten, hatte die Regel volle Berechtigung; denn sie vermied Verwicklungen, die bei der Wanderung der Erbschaft aus einer Hand in die andere unumgänglich waren. Den höheren Anforderungen des stetig wachsenden Verkehrs konnte sie aber nicht mehr genügen. Man empfand das Bedürfnis, seinen Nachlass nicht nur einer, sondern mehreren Personen nacheinander zuwenden zu können. Ein doppelter Zweck war dabei möglich. Einmal war das Interesse des Erblassers auf die Sicherung des später Berufenen gerichtet, z B. wenn der Vorberufene bei selbständigem Verfügungsrecht wegen Verschwendungssucht und dergleichen den Bestand der Erbschaft gefährden würde, seine Einsetzung aber nicht umgangen werden konnte. Im anderen Falle wollte der Erblasser den Nachlass zunächst ganz dem Erstberufenen zuwenden; da aber z. B. sein Interesse sich nur auf dessen einzelne Person erstreckte, und er ihm deshalb die Verfügung über die späteren Geschicke der Erbschaft nicht überlassen wollte, bestimmte er selbst den kommenden Nachfolger. Um diese Bedürfnisse durch eine Erweiterung des Testierrechts zu befriedigen, dazu bot das alte Zivilrecht keine Handhabe. . Erst im späteren römischen Recht trat die Tendenz zu Tage, die Folgen dieser Regel „semel heres, semper heres“ nicht mehr in vollem Umfange aufrecht zu erhalten[2]); jedoch gelangte diese Entwicklung erst mit der Justinianischen Kodifikation zum Abschluss. Sie hatte ihr Ziel durch das Rechtsgebilde der fidei commissaria hereditas, des Erbschaftsvermächtnisses, in gemeinrechtlicher Doktrin und Praxis „Universalfideikommiss“ genannt, erreicht. Aber nur im tatsächlichen Erfolge, denn am Grundsatze der Untilgbarkeit der Erbenqualität

[1]) Vgl. Dig. 4, 4 l 7 § 10 „sine dubio heres manebit, qui semel exstitit“. Ferner Dig. 28, 5 l. 88 und l. 89. „non potest (adjectus) efficere ut qui semel heres exstitit desinat heres esse“ Auch Dig, 28, 2 l. 3, § 2.

[2]) J 2, 23 § 1.

wurde festgehalten. Die Erbeigenschaft blieb ein charakter indelebilis, welcher dem Erben unauslöschlich anhaftete. Ein solches Universalvermächtnis lag in der Form, die Justinian ihm verliehen hatte, vor, wenn der Erblasser seinem Intestat- oder Testamentserben, dem Universalfideikommissar selber oder dem Fiskus die Auflage machte [1]), die Erbschaft ganz oder einen Teil derselben, jedoch stets als universitas mit allen ihr anhaftenden aktiven und passiven Bestandteilen einer dritten Person mit der Wirkung der Universalsukzession [2]) herauszugeben. Diese dritte Person war, wie ja auch schon der Name des Rechtsinstitutes andeutet, seiner Natur nach nicht heres, sondern nur heredis loco, quasi heres [3]), blosser Vermächtnisnehmer, und als solcher nur Forderungsberechtigter, wenn er auch mannigfach privilegiert war, und seine Stellung im Laufe der Zeit sich immer mehr der eines Erben näherte. Zum Uebergange der Erbschaft vom Fiduziar (so wurde der eigentliche Erbe genannt) auf den Fideikommissar bedurfte es grundsätzlich einer Restitution der Erbschaft seitens des Fiduziars. Dadurch tritt die Nachfolge des Universalfideikommissars in einen erheblichen Gegensatz zu der Nachfolge des heres gegenüber dem defunctus. Der heres erwirbt zwar nach römischem Recht regelmässig auch nicht die Erbschaft bereits mit dem Tode des Erblassers, jedoch bedarf es zum Erwerb der Erbschaft nur einer Uebernahmeerklärung, die ausdrücklich oder stillschweigend [4]) erfolgen konnte. Die Restitution dagegen erfordert einen Vertrag [5]) zwischen Fiduziar und Fideikommissar, der in Worte gefasst — verbis — oder stillschweigend in der Uebergabe der Nachlassobjekte — re — enthalten sein konnte [6]). Der Fidei-

---

[1]) J. 2, 23 §§ 10, 11. Dig 30, l. 144, § 2.
[2]) Dig. 36, 1 l 1, § 2.
[3]) Dig. 36, l. 146 § 1 J. 2, 23 § 4.
[4]) J. 2, 19, 7. Dig. 29, 2, 20.
[5]) Dernburg, System des Römischen Rechts, 1912 S. 100, 3.
[6]) l. 38 pr. Dig. 36, 1.

kommissar wurde daher erst durch die Uebergabe der Nachlasssachen Besitzer, und zwar derivativer Besitzer. In drei Fällen [1]) trat zwar der Uebergang der Erbenstellung kraft Gesetzes ohne Restitution oder Urteil ein, so z. B. bei Abwesenheit des Fiduziars ohne Vertreter, ferner im Falle des Versterbens des Fiduziars vor dem Erblasser; aber auch dann ging mit der Erbschaft nicht zugleich der Besitz der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf den Fideikommissar, den mittelbaren Universalsukzessor des Erblassers, über, sondern blieb beim Fiduziar zurück, und es bedurfte wie bei der Nachfolge des heres gegenüber dem defunctus stets einer Besitzergreifung. Als Beleg hierfür ist vor allem anzuführen Dig. 41, 2. 23 pr.: „Cum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa, ad nos pertinet." Es bedurfte für den Erben demnach einer besonderen körperlichen Besitzergreifung der Erbschaftsgegenstände, um an ihnen Besitz und Rechte eines Besitzers zu erlangen. Hierin liegt ein konsequentes Festhalten an dem Wesen der possessio, deren Kernpunkt immer die naturalis possessio, factum possessionis, der handhafte Besitz bildet [2]), und deren Fortdauer an den fortgesetzten Willen der Herrschaft über die Sache geknüpft ist [3]). Die Römer konnten die genannte Konsequenz ziehen, ohne mit den Anforderungen des Verkehrs in schroffen Widerspruch zu geraten; denn wenn auch dem Erben die possessorischen Interdikte nicht zur Seite standen, so hatte doch der heres Rechtsmittel, welche ihn den Mangel der possessorischen Interdikte nicht so hart fühlen liessen. Hatte er doch einmal die hereditatis petitio [4]), mit deren Hilfe er auf Grund seines Erbrechts sich das

[1]) l. 7 C. 6, 49 vgl. l. 13 § 4 l 14 Dig. 29, 1.

[2]) vgl. Dig. 41, 2 l. 30 § 1; Dig. 41, 2 l. 49; Dig. 41, 2 l. 3 § 11; Dig. 41, 2 l. 3 § 13; Dig. 41, 2, l. 3 § 10. — vgl. auch R. Leonhard, Institutionen S. 253.

[3]) vgl. Windscheid-Kipp I. § 156 Anm. 12.

[4]) cf. l. 16. § 4 Dig. 5,3.

Eigentum und somit auch den Besitz der Nachlassobjekte verschaffen konnte[1]).

Ferner ist zu erwähnen das interdictum quorum bonorum, interdictum quod legatorum, beide in den Quellen ausdrücklich als interdicta adipiscendae possessionis bezeichnet, sodann die missio in possessionem ex lege ultima (3) Codicis (VI, 33) de edicto divi Hadriani tollendo, die missio furiosi nomine, missio ventris nomine und das edictum Carbonianum[2]). Nach der l. 13 § 5 Dig. 43, 24 steht dem Erben sogar nach erfolgter hereditatis aditio das interdictum quod vi aut clam zu.

Der Grundsatz der Besitzunvererblichkeit galt auch im römischen Recht nicht ausnahmslos. Von einem besonderen Apprehensionsakt wurde in einem bei weitem häufigsten Fall abgesehen, nämlich bei den sui und necessarii heredes[3]). Schon bei Lebzeiten des Erblassers erkannte man den sui heredes ein gewisses Miteigentum zu, sie waren hinsichtlich der im Hause des pater familias befindlichen Sachen Detentoren. Mit dem Tode des Gewalthabers endigte dessen patria potestas; die Gewaltunterworfenen werden sui juris und das Detentionsverhältnis, welches zu Lebzeiten des Vaters bestand, verwandelt sich nach Wegfall des Detentionsgrundes ipso iure zur civilis possessio.[4]) Die Vererblichkeit des Besitzes zu Gunsten der heres sui et necessarii folgt aber insbesondere auch per argumentum e contrario aus der Auseinandersetzung Ulpians in Dig. si is, qui test. l. 1 § 15. Wenn hier der Eintritt des Erben in die possessio des Erblassers deshalb

[1]) Aehnliche Wirkungen die actio ad exhibendum und in den Fällen der l. 9 § 6, l. 15 Dig. 6, 2 die actio Publiciana.

[2]) Dig. 43, 2 und 3; l 3 C. 6, 33; Dig. 37, 3 und l. 7 C. 5, 70; Dig. 37, 9; Dig. 37, 10 und C. 6, 17.

[3]) vgl. Gaius II § 52, Gaius III § 201, Gaius II § 58, insbesondere auch Dig 28, 2 l 11; ferner Strohal, Sukzession in den Besitz S. 224, 217, v. A Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. S. 324 und Mühlenbruch in Glück's Pandekten Kommentar Bd. 43, S. 79.

[4]) vgl. auch Dig. 41, 3 C 44 § 4.

für unmöglich erklärt wird, weil auf den Erben nur übergehen könne, was vor seinem Antritt zur hereditas jacens gehörte, dieser aber gerade Besitz nicht zugeschrieben werden dürfe, so müssen doch die heredes sui et necessarii, bei denen es zu einer Jacenz der Erbschaft gar nicht kommt, in den Besitz des Erblassers ohne weiteres eintreten[1]). Die Härte der Konsequenz der Besitzunvererblichkeit wurde ferner noch beim Usukazionsbesitze gemildert, eine Ausnahme, die weniger eine Singularität in den Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes, als im Hinblick auf die Bestimmungen der Ersitzung darstellt.[2]) Es lief nämlich die vom Erblasser begonnene Ersitzung weiter und konnte sogar beendigt werden, selbst wenn ein naturaliter comprehendere der Erbschaftssachen seitens des Erben noch nicht erfolgt war, ja sogar vor erfolgtem Erbschaftsantritt[3]).

Auch bei dem sog. Rechtsbesitz (iuris quasi possessio) trat die Tendenz zu Tage, sich allmählich von dem Prinzip der Unvererblichkeit loszusagen. Während im altrömischen Recht mit der Uebertragung eines Grundstücks der Besitz an den dem Grundstück zustehenden Prädialservituten auf den Nachfolger auch nur dann überging, wenn eine wirkliche Ausübung der Servitut hinzutrat[4]), bildete sich im späteren Recht der Gedanke heraus, dass es einer besonderen Ausübungshandlung für den Nachfolger im Rechtsbesitze zu dessen Erwerbe nicht bedürfe. Mit dem Einrücken in die Besitzrechtsfolgen des bisherigen Besitzers wurden auch die quasipossessorischen Interdikte des Vorgängers dem Nachfolger zuerkannt.[5])

---

[1]) vgl. Strohal, Sukzession in den Besitz S. 223, 224.

[2]) vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. S. 324, Anm. 4.

[3]) Dig. 41,3 l 40 „coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est." Dig. 4,6 l. 30 pr. („possessio defuncti descendi ad heredem"). Dig 41,2 l. 30 § 5; Dig. 41,3 l. 44 § 3 u. a. m.

[4]) vgl. auch Jhering, Besitzwille S. 30.

[5]) Dig. 43, 20 l. 1 § 37.

Dies alles sind aber, wie bereits oben erwähnt, nur Ausnahmen von dem das römische Recht beherrschenden Grundsatz der Besitzunvererblichkeit.

b) Deutsches Recht.

Einen wesentlich anderen Standpunkt wie das römische Recht nimmt das alte deutsche Recht in der Lehre vom Besitzerwerb an den Erbschaftssachen ein[1]). Im Deutschen Recht gilt der Grundsatz: „Der Tote erbt den Lebendigen". Dies bedeutet: die Berufung zur Erbschaft und der Erwerb derselben fallen zusammen[2]). Der geborene[3]) Erbe hat die Gewere an den Nachlasssachen unmittelbar bei dem Eintritt des Erbfalls. In zahlreichen Stellen findet dieser Grundsatz seinen Ausdruck. So bestimmt Sächs. Landrecht III, 83 § 1: „Svat man einem Manne oder vive gift, dat sollen sie besitten, dee dage, svat si mit klage irvorderet, oder upe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten." Diesen Worten liegt der Sinn zugrunde, dass durch die blosse Vererbung die juristische Gewere für den Erben entsteht. Dies spricht auch die Glosse zu der Stelle aus: „Zum andern kommt einer also in eines Dingz Besitzung ob im ein Erb anstirbt. Das Gut hat er allbereit in seinen Geweren und besitzt es"[4]). Diese die Erbengewere im Deutschen Rechte bejahende Ansicht ist allerdings nicht allseitig anerkannt. Unter den Gegnern sind zunächst Homeyer[5]), Grimm[6]) anzuführen, die sich darauf berufen, dass nach dem Erb-

[1]) Schwabenspiegel, Lehnrecht 96: Swem man sine gewere mit gewalte nimmt, der verliuset weder gewere noch leben".

[2]) Näheres Cosack, Besitz der Erben 1877, S. 71 ff.

[3]) Nur solche gab es ja ursprünglich.

[4]) Einen weiteren Beleg bietet das Sächs. Lehnrecht in 6 § 1; Glogauer Rechtsbuch, Kap. 8.

[5]) Homeyer, der Dreissigste (Abhandlungen der Berliner Akademisch-historisch-philosophischen Klasse 1864) S 241 f. 245.

[6]) Grimm, Rechtsaltertümer S. 481 vgl auch Behrend, Anevangt und Erbengewere.

falle eine feierliche Besitzergreifung von Seiten des Erben stattfinden musste, — doch wie sie auch selbst zugeben, war das eine Sitte, die nur in Teilen Deutschlands herrchte. Nach Laband[1]) spricht gegen die Theorie der Erbengewere insbesondere ein Institut des Deutschen Rechts, nämlich das „Recht des Dreissigsten" d. h. die durch Rücksicht auf die Witwe gebotene Beschränkung der Gewalt des Erben bis zum dreissigsten Tage vom Todestage ab. Dieses Argument verkennt aber die rechtliche Natur des sog. Dreissigsten. Zwar hat die Witwe nach dem Erbfalle bis zum 30. Tage die Sachen in „Nutz und Gelde", doch bildet dieser Umstand kein eigentliches Hindernis für die wirkliche Nutzung des Nachlasses durch den Erben, denn dieses Witwenrecht spielt keine andere Rolle als ein anderes etwa paktiertes Recht am Erbe; die Gewere an den Nachlassgegenständen geht nicht ipso iure auf sie über, der Erbe dagegen ist auch ihr gegenüber gewahrt, es sei denn, dass die Witwe faktisch die Gewere erworben hat[2]). Ausserdem erklärt Laband[3]) die Gewere deshalb für unvererblich, weil in der „Blume von Magdeburg" der Witwe bis zur Befriedigung aus der Morgengabe ein Retentionsrecht gewährt würde[4]). Auch dieses Argument ist nicht stichhaltig, da dieses der Witwe eingeräumte Recht am 30. Tage zur Entstehung gelangt, nämlich dann, falls sie nicht bis zu diesem Zeitpunkte aus der Morgengabe befriedigt ist. Erst mit dem 30ten Tage erwirbt sie dann die Gewere am Nachlasse, während der Erbe ihrer verlustig geht. Das Rententionsrecht schiebt sich daher nicht zwischen die Gewere von Erblasser und Erben[5]). Für die Vererblichkeit der Gewere

[1]) Laband, Rezension des Heusler'schen Werkes in Kritischer Vierteljahrsschrift. Bd XV. S. 378 ff.

[2]) vgl hierzu Cosack, Besitz des Erben S 35.

[3]) a. a. O.

[4]) vgl. hierzu Meischeider, Besitz und Besitzesschutz Berlin 1876. S. 249.

[5]) vgl. hierzu Cosack, a. a. O. und Meischeider a. a. O.

spricht insbesondere auch die dem Erben gewährte Klage wegen Dejektion, mittels deren der Erbe von demjenigen, der sich durch Eigenmacht vor ihm des Nachlasses bemächtigt hatte, die Wiederzuteilung der Gewere fordern konnte. Auch die Zusammenrechnung der Zeit der Gewere-Innehabung des Vorgängers und der Nachfolger zur Bildung der Frist von Jahr und Tag spricht mittelbar für die Existenz der Erbengewere. Ausgesprochen finden wir diese besondere Wirkung des unmittelbaren Gewere-Ueberganges in Richtsteig Lehnrecht 22 § 5: Wo lange ok diu vader en len in sinen weren gehat heft, dat machstu reken to der tid dat du id gehad hast in geweren . . . . wen de vader ervet up den sone vaste de were des gudes also dat gud.

Während die Besitzvererblichkeit demnach im germanischen Recht ihre Wurzel hat, kann die Nacherbschaft hierauf keinen Anspruch erheben. Denn dem deutschen Rechte fehlt es an einem der heutigen Nacherbfolge ähnlichen Rechtsgebilde. Dies ist zu folgern aus der Grundanschauung des deutschen Rechtes, das dem einzelnen Individuum kein Bestimmungsrecht einräumte, vielmehr den Willen des einzelnen einem höheren Wollen unterordnete. Es galt der Satz: „Solus deus heredem facere potest, non homo“ [1]).

Um so mehr war dem deutschen Rechte eine Anschauung fremd, die eine letztwillige Vinkulierung des Nachlasses auf mehrere Generationen ermöglichte.

c) Gemeines Recht.

Das gemeine Recht hat an den Grundsätzen des römischen Rechts auf den hier in Frage kommenden Rechtsgebieten getreulich festgehalten. Die Kontinuität der Erbenstellung war ein noli me tangere. Denn auch im gemeinen Recht hat das Universalfideikommiss nicht seine rechtliche Eigenart als Vermächtnis abgelegt, ist nicht durch den usus modernus pandectarum in eine wahre

[1]) Tacitus, Germania c. 20

Nacherbfolge verwandelt worden. Die Zulässigkeit mehrerer zeitlich aufeinander folgender Universalsukzesionen in das Vermögen eines Erblassers zeigte immer nur einen Erben. Eine sukzessive Beerbung gab es nur im Rahmen des deutschrechtlichen Familienfideikommisses, welches aber nicht auf römischer, sondern deutschrechtlicher Grundlage beruhte, sowie bei der Beerbung aus einem Soldatentestamente, dessen Privilegien aber aufgehoben wurden durch das Reichsmilitärgesetz vom 18. Mai 1874[1]). Während das gemeine Recht an dem Grundsatz „semel heres semper heres" getreu festhielt, trat es in Bezug auf die Frage der Besitzvererblichkeit, insbesondere zur Zeit der Glossatoren in schroffen Gegensatz zum römischen Recht, in dem wir, von wenigen Ausnahmen abgesehen, den Grundsatz der Vererblichkeit des Besitzes anerkannt fanden. Als Beleg für ihre, dem römischen Recht zuwiderlaufende Ansicht wurde von den Glossatoren insbesondere l. 30 Dig. 4,6. herangezogen. Von dieser Quellenstelle aus, in der von der Vererblichkeit des Usukapionsbesitzes die Rede ist, schlossen die Glossatoren auf die Vererblichkeit des Besitzes im allgemeinen, in dem sie zugleich die bereits oben zur Begründung der nach unserer Ansicht im römischen Recht herrschenden Besitzunvererblichkeit angeführte l. 23 pr. D. 41,2 zur Beseitigung des sonst vorhandenen Widerspruchs dahin auslegten, dass diese nur auf den Naturalbesitz (Detention) abgestellt sei, dagegen sich auf den Erbbesitz, der mithin zulässig wäre, nicht beziehe. Jedoch schon die Postglossatoren gaben diese Ansicht auf, suchten aber gleichwohl auf einem anderen Wege die Vererblichkeit des Besitzes für das römische Recht zu konstruieren. Vor allem hat der Erbbesitz, dessen Hauptwirkung in den dem Erben gewährten possessorischen Klagen besteht, im Gewohnheitsrecht und in den statutarischen Rechten nach ihrer Ansicht Anspruch auf Berücksichtigung. Aus den italienischen Statuten lässt sich

[1]) Vgl. Näheres Cossack: Besitz des Erben, S. 76 ff.

auch in der Tat auf eine Vererblichkeit des Besitzes schliessen. Besonderen Ausdruck hat der Erbbesitz in dem Statut von Modena, an dessen Redaktion auch der Postglossator Baldus beteiligt war[1]), gefunden: Filii et heredes intelligantur ipso iure possidere bona defuncti que defunctus tenebat tempore mortis ac si statim eo mortuo corporalem heres apprehendisset possessionem bonorum[2]). Im italienischen Recht des Mittelalters erscheint die Erbengewere als die possessio civilissima, wodurch gleichzeitig angedeutet wird, dass es sich lediglich um den Uebergang der an die Sachherrschaft, der naturalis possessio, den handhaften Besitz, geknüpften Rechtsfolgen handelt[3]).

Der Zulässigkeit des Erbenbesitzes huldigten im Mittelalter auch einige statutarische Bestimmungen in Deutschland, wo schon das „kleine Kaiserrecht" den Satz „der Tote erbt den Lebendigen" aufgab, also den Erbschaftsantritt einführte, so die Magdeburgische Polizeiverordnung und die Kurkölnische Rechtsordnung. Ferner erhielt sich partikularrechtlich die Vererblichkeit des Besitzes in Süddeutschland, der Schweiz, Ostfriesland, den Niederlanden[4]). Die gemeinrechtliche Literatur steht im Einklang mit dem im römischen Recht geltenden Prinzip, das mit aller Macht seine Aufnahme in Deutschland verlangte, überwiegend auf dem Standpunkte der Nichtvererblichkeit des Besitzes[5]).

---

[1]) vgl. Cosack. Besitz des Erben S. 84. Heusler, Gewere S. 324, 325.

[2]) vgl. auch die Statuten von Verona, Neapel, Brixen, Mailand, Padua Bologna u a Vrgl hierzu Cosack a a. O S. 85.

[3]) Bezüglich der Unterscheidung zwischen naturalis possessio (factum possessionis) und civilis possessio (jus possessionis), die die Glossatoren auch in dankenswerter Weise betonten, vgl. insbesondere R. Leonhard, Institutionen des römischen Rechts S. 253

[4]) vgl. Cosack, a a O. S. 90

[5]) vgl. auch Ennecerus-Kipp-Wolf II. 1. 8. 7; a M Brinz, Pandekten III. § 138. Strohal, Succession in

Während es vor der Zeit Savigny's immer noch Stimmen gab, die das deutsche Prinzip im gemeinen Rechte für Deutschland vertraten — sogar das Kurhessische Oberappellationsgericht zu Kassel entschied sich in zwei Erkenntnissen (1818 und 1824) für die Besitzvererbung —, trug mit Savigny doch das romanistische Prinzip im gemeinen Recht den endgültigen Sieg davon.

d) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.

Das preussische allgemeine Landrecht steht in der Frage der Nacherbschaft im schroffsten Gegensatz zum gemeinen Recht. Es gibt nicht nur dem Erstberufenen Erbenstellung (§§ 53, 229 und 472 A.L.R. I, 12), sondern betrachtet auch den Nachberufenen nach dem Vorbilde des Bayerischen Zivilrechts[1]), das hierin die eigentliche erste Initiative ergriff, als wahren Erben, wie sich aus § 480 A.L.R. I, 12 ergibt, wo von einem „nachgesetzten Erben" die Rede ist. Das vom preussischen Landrecht geschaffene Institut ist demnach als wirkliche Nacherbfolge anzusehen[2]). Seinem Beispiele folgte zunächst das österreichische bürgerliche Gesetzbuch (§ 608 bis 617)[3]), hierauf das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §§ 2005, 2503—2524, das allerdings der reinen Form nach sich vom gemeinen Recht noch nicht loszureissen vermochte[4]).

Die Frage, ob nach preussischem Landrecht der Besitz vererblich sei, wird in der Literatur des preussischen

---

den Besitz 1885. Carpzow, dec. Saxon. tres partes d. 225, Schilter, Exercit. ad Pand XV. § 11 ss. 47, §§ 57 - 59, Cludius rerum quot lib. I. n. 9/55, 144, 172 55.

[1]) vgl. von Roth, Bayrisches Zivilrecht I Aufl. 315 Anm. 8.

[2]) vgl. auch Fischer, Lehrb. d. pr. Privatr. 1888, S. 613.

[3]) Unger, Oesterreichisches Erbrecht §§ 20, 48.

[4]) vgl. Siebenhaar, Kommentar zum Sächsischen B.G.B. III. S. 374 ff. (zu §§ 2505 ff)

Rechtes eingehend behandelt, und sowohl die verneinende[1]) wie bejahende[2]) Antwort mit Nachdruck vertreten.

Das Gesetzbuch selbst enthält in § 48 A.L.R. I, 7 die Vorschrift: „Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden." Gleich der darauffolgende § 49 A.L.R. besagt aber folgendes: „Wer jedoch einem Anderen in einen Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriffe enthaltenen Sachen und Rechte". § 49 soll demnach scheinbar eine Ausnahme gegenüber § 48 dann begründen, wenn es sich um Universalsuccession oder Nachfolge in eine universitas — einen Vermögenskomplex — handelt. Obgleich der § 49 deutlich eine Ausnahme gegenüber § 48 zu Gunsten der Erbschaft erkennen lässt, ist doch dieser genannte § 49 vielfach anders ausgelegt worden. Selbst die Praxis[3]) hat sich gegen die Vererbung des Besitzes im A.L.R. ausgesprochen, indem deutlich ausgesprochen wird, dass dem Erben nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen zukommt, wenn die Störung seines Rechtes zum Besitze nach dem Anfalle — jedoch vor Besitznahme der Erbschaft — vorgekommen ist und demnach der Grundsatz des § 48 A.L.R. I 7 auch für die Vererbung des Besitzes angewandt wird.

Die Gründe des Plenarbeschlusses legen den § 49 dahin aus, dass es nur bei einem Inbegriffe von Sachen und Rechten, wie auch die Erbschaft sei, nicht der Besitzergreifung der einzelnen Sachen und Rechte bedürfe, sondern die Inbesitznahme des Ganzen genüge. In Uebereinstimmung mit Cosack[4]) ist jedoch dieser gekünstelten Interpretation des § 49 insbesondere der Vorwurf zu machen,

---

[1]) Förster-Eccius, Pr Pr.R. Bd. 4, 1897, S. 588.

[2]) Fischer, Lehrb. d. pr. Privatr. S. 173 ff.

[3]) vgl. Plenarbeschluss vom 7. XI. 1849 Entscheidungen des preussischen Obertribunals Bd. 18 S. 371.

[4]) Cosak, Besitz des Erben S. 103.

dass dieser § 49 dann überflüssig — „ein auffälliger Pleonasmus“ — ist, da der § 53 A.L.R. I 7[1]) schon denselben Gedanken, den das Obertribunal in den § 49 hineinlegt, ganz allgemein für die Inbesitznahme von Inbegriffen ausspricht. Ausserdem finden sich noch andere Bestimmungen im Gesetzbuche, mit denen sich der vom Obertribunal ausgesprochene Grundsatz der Nichtvererblichkeit des Besitzes in Widerspruch setzt. So ist unter den Fällen, bei denen der Besitz endigt, nirgends der Tod erwähnt. Der Besitz endet nach § 117 A.L.R. I durch Dereliktion, nach § 123 durch Tradition, nach § 116 durch „Ereignisse, die die Sache oder ihre Substanz in der Art betreffen, dass es unmöglich wird, die verlorene Gewahrsame wieder zu erlangen“, worunter jedoch der nur das Besitzsubjekt betreffende Tod nicht zu zählen ist. Schliesslich wird gemäss § 131 noch der Besitz bei Eintritt einer Resolutivbedingung oder nach Ablauf einer Frist beendigt, was jedoch für vorliegenden Fall des Todes auch nicht in Betracht zu ziehen ist. Die bis ins kleinste Detail gehende, peinlich genaue kasuistische Bearbeitung des Gesetzes lässt die Absicht des Gesetzgebers, den Tod als Beendigungsgrund des Besitzes nicht gelten zu lassen, vermuten[2]).

Da schon die Meinungen bezüglich des Ueberganges des Besitzes auf den dem Erblasser unmittelbar folgenden Erben auseinander gingen, ist man bis zu einer Erörterung über die Frage der Vererblichkeit des Besitzes auf den „nachgesetzten Erben“ überhaupt nicht vorgedrungen.

---

[1]) § 53 A.L.R. I 7: Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, der hat dadurch Besitz des Ganzen ergriffen.

[2]) Für die spezielle Frage der Vererblichkeit des Besitzes nach preussischem Recht vgl. die Dissertation Breslau 1897 „Die Vererblichkeit des Besitzes nach preussischem Recht.“

e) Die Stellung der Vorarbeiten des B.G.B.

Während die Frage nach der Vererblichkeit des Besitzes bisher nur Gegenstand lebhaften Streites war und verschieden beantwortet wurde, hat die erste Kommission es für richtig gehalten, das mit den gehegten Erwartungen nicht im Einklang stehende Prinzip des römischen Rechts[1]) in § 2052[2]) auszusprechen: „Der Besitz und die Innehabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft Gesetzes auf den Erben über". Daneben erklärte sie die bereits in der Person des Erblassers aus verbotener Eigenmacht entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten für vererblich (§ 2053) und gab auch dem Erben vor der tatsächlichen Besitzergreifung gegen Handlungen Dritter, „welche, wenn der Besitz oder die Innehabung mit dem Erbfall auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würden"[3]), possessorischen Schutz (§ 2054).

Die Kritik des I. Entwurfs[4]) machte in harten Worten der Kommission zum Vorwurf, dass sie dem Erben die Rechte des Besitzers zuerteile, den Besitz aber anerkenne, also eine Zuerkennung der Besitzschutzmittel ohne Besitz. Bei der Beratung der zweiten Kommission wurde die Streichung der §§ 2052—2054 des I. Entwurfs beantragt, und die Kommission nahm den Antrag an, teils mit Rücksicht auf das geltende Recht, das sich mehr und mehr gegen die Unvererblichkeit des Besitzes gewandt habe, teils auf Grund der gesetzestechnischen Erwägung, dass sich die Ausnahmen von dem Grundsatze der Vererblichkeit des Besitzes leichter aufstellen liessen als die

---

[1]) Vgl. die oben angeführte l. 23 pr. Dig. 41,2.

[2]) Unter den Bestimmungen über die Besitzlehre (§ 866 ff) findet sich kein Ausspruch über den Tod als Beendigungsgrund des Besitzes.

[3]) Mot. Bd. V, S. 530 ff., insbes. S. 533, 534.

[4]) Vgl. Bähr, in Kritischer Vierteljahrsschrift Band XXX, S. 256.

Ausnahmen von der entgegengesetzten Regel des Entwurfes I[1]).

So wurde der die ausnahmslose Giltigkeit des Erbenbesitzes aussprechende § 857 in das B.G.B. aufgenommen. Zu der Frage, ob der Besitz auch auf den Nacherben im Falle der Nacherbfolge übergeht, haben die Vorarbeiten jedoch keine Stellung genommen.

§ 2.

Allgemeines über den Begriff und das Wesen des Besitzes.

Vorbemerkung.

Eine richtige Beantwortung unserer Frage ist geknüpft an die Stellungnahme zu dem so heiss umstrittenen Besitzbegriffe und an die ebenso in der Wissenschaft schwankende Beurteilung der Besitzvererblichkeit. Gerade in der Besitzlehre gibt es nur sehr wenige Grundsätze, von denen ohne weiteres als von unantastbaren Prinzipien ausgegangen werden kann. Im allgemeinen erfordert jede wissenschaftliche Bearbeitung einer Frage, bei der der Besitz eine Rolle spielt und aus seinem innersten Wesen heraus folgenschwere Entscheidungen zu treffen sind, die Entwickelung der Auffassung über Natur und Wesen des Begriffes; denn sonst krankt die Entscheidung an dem Mangel der Voraussetzungslosigkeit.

Es kann nun allerdings nicht davon die Rede sein, im Rahmen dieser Abhandlung die zahlreichen widersprechenden Meinungen aufzuführen und kritisch zu würdigen, zumal dies mehr oder weniger nur auf eine reine Gegenüberstellung von Ansichten hinauskäme. Die folgenden Ausführungen haben daher mehr positiven als negativen Charakter. Sie wollen nicht so sehr fremde Lehrmeinungen kritisieren, als vielmehr die eigene selbstständige Auffassung des Verfassers über den Besitzbegriff organisch entwickeln, um dann auf Grund des ge-

[1]) Vgl. Prot. V, S. 652.

wonnenen Resultates weiter vorzudringen zur Frage darüber, ob der Erbenbesitz im Sinne des § 857 von anderer Art sei als der gewöhnliche Besitzbegriff, um so schliesslich die Frage der Vererblichkeit des Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben beantworten zu können.

Während die Besitzlehre des I. Entwurfes zum B.G.B. noch ganz von romanistischen Anschauungen beherrscht wurde, hat sich das B.G.B. selber von römischen Einflüssen fast vollständig befreit und das Besitzrecht auf neue, in vielen Beziehungen auf germanischem Recht fussende Grundlagen gestellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet jede Definition des Besitzes; es beobachtet damit nur den bekannten Satz: „Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset“ [1]). Definitionen zu vermeiden liegt im Prinzip des Gesetzbuches [2]). Dieses Prinzip ist nur zu billigen; denn eine Definition kann unmöglich alle Momente enthalten, die den tausendfältigen Formen des frisch pulsierenden Lebens gerecht werden. Nicht minder würde auch die Fülle des Lebens der Versuche spotten, den Begriff des Besitzes in eine ihr und der natürlichen Anschauung gerecht werdende Formel zu bringen.

Das Gesetzbuch selbst regelt nur den Erwerb und den Verlust des Besitzes, indem es ihn grundsätzlich von der Erlangung und dem — freiwilligen oder unfreiwilligen — dauernden Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache abhängig macht (§§ 854 Abs 1 Abs. 2, 856). Nur dann begründet blosse Konsualtradition, Uebertragung von Besitz durch blosse Willenserklärung, unmittelbar den Erwerb von Besitz, wenn besondere Um-

---

[1]) Dig 50, 17 1 202

[2]) Vgl. Mot. III, S. 80. Prot. III, S. 35.

stände hinzutreten, die einen Uebergang tatsächlicher Sachherrschaft ohne körperliche Uebergabe als möglich erscheinen lassen. Erforderlich ist aber eine Einigung, deren Inhalt der Uebergang von Besitz ist (§ 854 Abs. 2). Nach dem B.G.B. beruht demnach der Besitz auf einer tatsächlichen Grundlage, nämlich auf der tatsächlichen Herrschaft einer Person über eine Sache. Von einer Person, die in einem solchen Machtverhältnisse zu einer Sache steht, dass sie nach Belieben mit der Sache verfahren kann, sagen wir, dass sie die Sache besitzt. Obgleich der Besitz im natürlichen Sinne[1]) an sich nur eine Tatsache ist, hat die Rechtsordnung an das tatsächliche Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache rechtliche Folgen geknüpft. Sie hat dem Besitzer dadurch eine Rechtsstellung gegeben, die die Voraussetzung für viele Arten des Rechtserwerbs bildet. Sie gewährt dem Sachherrn Rechte, z. B. das Recht der Abwehr verbotener Eigenmacht (§§ 859, 858 B.G.B.), legt ihm andererseits aber auch Pflichten auf, z. B. die Verpflichtung der Herausgabe der nur tatsächlich beherrschten Sache an den Eigentümer (§ 985 B.G.B.), und erhebt die Sachherrschaft in nicht seltenen Fällen zu einem Erfordernis für die Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte (vgl. z. B. § 929 B.G.B.)[2]). An sie knüpft ferner das Gesetz eine Reihe wichtiger Rechtsvermutungen, so z. B. § 1006 eine allgemeine Eigentumsvermutung für den Besitzer einer beweglichen Sache, in § 920 eine Eigentumsvermutung bei der Grenzscheidungsklage, in § 1253 eine Vermutung des Pfanderlöschens bei Wiederbesitz des Schuldners, in § 1362 eine Eigentumsvermutung für den Ehemann zugunsten seiner Gläubiger u. a. m. Damit hat die Rechtsordnung das bloss äusserliche Verhältnis zu der Sache, das Besitzverhältnis, zu einem Rechts-

[1]) Vgl. Maenner, Sachenrecht 06, „sogen. Besitz im engeren Sinne", S. 124.

[2]) Vgl. Ennecerus-Kipp II, 1 S. 99.

verhältnis erhoben[1]), was besonders auch daraus erhellt, dass der Besitz gemäss § 854 II durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann. Denn unter einem Rechtsverhältnis versteht man nach herrschender Ansicht[2]) die in ihren Voraussetzungen geregelte und mit rechtlicher Wirkung ausgestattete Beziehung von Personen zu anderen Personen oder zu Sachen[3]).

Es liegen demnach — und dies ist für die vorliegende Betrachtung das wichtigste — in dem Begriff „Besitz" im Sinne des B.G.B.[4]) zwei Elemente, ein tatsächliches und ein rechtliches. Beide Elemente vereint werden grundsätzlich das Wesen des Besitzes ausmachen. So hat z. B. der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache, den Besitz im natürlichen Sinne[5]), und gleichzeitig damit die an die Tatsache der Sachherrschaft geknüpften Rechtsfolgen, als deren Inbegriff der Besitz als „Rechtsverhältnis" erscheint[6]). Der Besitz als natürlich-sittliches Verhältnis ist jedoch von dem Rechtsverhältnisse des Besitzes wohl zu unterscheiden[7]).

Denn es kommt in der Tat vor, dass dem Besitzer die Rechtsstellung und damit das Rechtsverhältnis des

---

[1]) Die Frage, ob das Rechtsverhältnis des Besitzes ein Recht genannt zu werden verdient, kann hier unerörtert bleiben

[2]) Crome, bürg. Recht Bd. I, § 29.

[3]) Einige Autoren wollen Rechtsverhältnisse nur zwischen zwei Personen anerkennen, so Enneccerus-Lehmann, § 64 No. 2; Gierke, Dtsch. Privatr. I, § 29, S. 259.

[4]) Man kann diesen Besitz „als Besitz im weiteren Sinne" bezeichnen. Vgl. Maenner, S. 125.

[5]) Vgl. Matthias, Die Vererbung des Besitzes, S. 13.

[6]) sog. normaler Besitztatbestand vgl. Enneccerus-Kipp II, 1. S. 9.

[7]) Es ist dreierlei zu unterscheiden: 1) das tatsächliche Besitzverhältnis („tatsächliches Element"), 2) das Rechtsverhältnis des Besitzes („die rechtliche Stellung des Besitzers, die an den Besitz als Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen"), 3) das Recht zum Besitze.

Besitzes erhalten bleibt, obgleich die tatsächliche Gewalt[1]), wie sie das tägliche Leben im Denken und Fühlen der Menschen zu einem festen Begriffe formt, schon mehrfach abgeschwächt ist.

Hauptsächlich drei derartige Fälle begegnen uns in der Besitzlehre des B.G.B.:

a) in § 868 stellt das B.G.B. den Begriff des mittelbaren Besitzes auf. Es hat damit einen mehrfachen Besitz in solidum zugelassen. Mittelbarer Besitz setzt immer das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzes voraus, welcher den mittelbaren Besitzer einerseits von der Sache trennt und ihm andererseits doch zugleich wieder den mittelbaren Besitz der Sache vermittelt[2]). Der mittelbare Besitz ist zwar ein Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache. Von einem Besitz im engeren Sinne, Besitz im natürlichen Sinne, kann jedoch bei diesem Verhältnis deshalb nicht die Rede sein, weil das Gesetz demjenigen, der die tatsächliche Gewalt ausübt, selbständige Innehabung und damit zugleich unmittelbaren Besitz zuschreibt. Der mittelbare Besitz kann sich sogar nach Graden vervielfältigen (§ 871 B.G.B.): „Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem ähnlichen Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer". Auf diese Weise kann eine endlose Reihe von mittelbaren Besitzverhältnissen entstehen; die Zahl ihrer Grade wächst mit ihren Entfernungen vom unmittelbaren Besitz, wie z. B. die Leihe einer Sache mit nachfolgender Verpfändung seitens des Verlierers und darauf folgender Verwahrung für den Pfandgläubiger, Vermieter, Aftervermieter, Aftermieter, Vollstreckungsschuldner, Pfändungsgläubiger, Gerichtsvollzieher. Gerade bei dem mittelbaren Besitzer der entfernteren Grade, wie überhaupt wenn der mittelbare Besitzer weit weg ist, zeigt sich

[1]) Auf die Streitfrage bezüglich des Begriffes der „tatsächlichen Gewalt" wird erst weiter unten eingegangen.

[2]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 18.

deutlich das Fehlen des tatsächlichen Elements im Besitzbegriffe des B.G.B. Die tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers, wenn man überhaupt noch von einer solchen reden kann, ist lediglich eine papierene, die mit den Tatsachen in recht eklatantem Widerspruch stehen kann. Aber gleichwohl geniesst auch der mittelbare Besitzer die Rechtstellung eines Besitzers (§ 869: „Die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche stehen auch dem mittelbaren Besitzer zu"). Das Rechtsverhältnis des Besitzes, das vom Gesetz in erster Linie an die Begründung der tatsächlichen Gewalt geknüpft wird, besteht hier ausserhalb der tatsächlichen Gewalt. Kress[1]) bezeichnet daher den mittelbaren Besitzer als blossen „juristischen Besitzer", d. h. dieser hat die rechtliche Stellung des sogen. Verkehrsbesitzers — die mit dem Verkehrsbesitze verbundenen Rechte und Pflichten —, ihm selbst steht aber kein Besitz im Sinne der Verkehrsauffassung[2]), kein Verkehrsbesitz zu. Mit dieser Auffassung steht auch § 869 Satz 2 in vollstem Einklange, der den mittelbaren Besitzer berechtigt, im Falle der Entziehung des Besitzes die Wiedereinräumung des Besitzes (die tatsächliche Sachherrschaft selbst) an den bisherigen Besitzer zu verlangen.

b) Das Auseinanderfallen des tatsächlichen und rechtlichen Elements beim Besitze zeigt sich ferner bei der sogen. Besitzdienerschaft. § 855 bestimmt nämlich: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer". Gewiss gibt es hier Fälle, in denen den Besitzern die tatsächliche Gewalt, wenn auch immer in

---

[1]) Kress, Besitz und Recht 1909, S. 174.

[2]) Gemäss dem obigen Sprachgebrauch „kein Besitz im natürlichen Sinne".

etwas abgeschwächter Form, verbleibt. Man denke z. B. an die Köchin, der von der Dienstherrschaft Kochgeschirr zum Gebrauch überlassen ist. In zahlreichen Fällen aber, in denen man gleichwohl von Besitzdienerschaft spricht, fehlt dem Besitzherrn gänzlich die tatsächliche Herrschaft über die Sache. Dies lehrt uns auch in vielen Fällen das tägliche Leben. Worin ist z. B. die tatsächliche Gewalt des Kaufherrn an den Musterkoffern zu erblicken, die der Reisende hunderte Meilen entfernt mit sich führt! Hier wird sicherlich schon jeder Laie dem Geschäftsinhaber die tatsächliche Gewalt absprechen, und dennoch behandelt ihn das Gesetz als Besitzer. Die Rechtstellung des Besitzers löst sich also auch hier von der tatsächlichen Gewalt los.

c) Ein ferneres Argument dafür, dass das Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis beim Besitze sich von einander trennen können, gibt das Gesetz selbst in § 856 Abs. 2: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt". Es gehört hierher z. B. auch der Fall, dass der Besitzer ins Zuchthaus behufs Abbüssung einer Strafe gebracht wird. Dann ist doch positiv momentan die tatsächliche Gewalt nicht vorhanden, und doch liegt Besitz vor.

Aus diesen beispielsweise angeführten 3 Fällen ergibt sich einerseits, dass Besitz nicht — tatsächliche Gewalt ist; andererseits hat der Besitzer trotz Fehlens der tatsächlichen Gewalt doch noch den Besitz, demnach auch die Besitzschutzmittel, also auch die rechtliche Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt wieder an sich zu bringen [1]).

Als Resultat ist demnach festzustellen: die tatsächliche Gewalt kann sich unter Umständen von dem rechtlichen Element des Besitzes trennen, hat aber stets

---

[1]) Vgl. hierzu auch § 869 Satz 2, der trotz Fehlens der tatsächlichen Sachherrschaft von dem bisherigen „Besitzer" redet

die Tendenz, sich wieder mit ihm zu vereinigen[1]). Man kann daher sprechen von einer sogen. Elastizität des Besitzes.

§ 3.

Die Vererblichkeit des Besitzes im Sinne des § 857 B.G.B.

Mit diesem auf Grund der drei Fälle gewonnenen Ergebnisse treten wir an die Frage nach dem Schicksale des Besitzes im Erbfalle heran.

Es leuchtet ohne weiteres ein, dass, wenn der Erbe beim Tode des Erblassers weit entfernt ist und womöglich von dem Erbfalle nicht einmal etwas weiss, man — wenigstens von ihm aus gesehen — nicht wird behaupten können, er habe eine tatsächliche Herrschaft über die zum Nachlass gehörigen Sachen. Manche[2]) sehen allerdings die Sache nicht von der Seite des Erben, sondern der des Zuschauers an und meinen, auch wenn der Erbe die zum Nachlass gehörigen Sachen nicht tatsächlich ergreifen könne, so wüssten doch die Mitmenschen, dass sie die Nachlasssachen nicht ergreifen dürfen, und das wäre auch eine tatsächliche Gewalt. Ihnen ist der Besitz, genauer die „tatsächliche Gewalt", ein soziales Gewaltverhältnis, und sie sehen dabei von irgend einer Möglichkeit physischer Einwirkung ab. Nach ihrer Ansicht ist das Verhalten Dritter allein dafür ausschlaggebend, ob in einem Tatbestand Besitz zu erblicken ist.

Wenngleich auch unsere Beurteilung davon ausgeht, dass zur Entscheidung der Frage, ob Besitz vorliege, auf

[1]) Dieser Auffassung folgt auch Strohal (Sachbes. S. 20 u. in Jher. Jb. Bd. 29, S. 369), wenn er folgendes Beispiel anführt: „Ist A. Eigenbesitzer und B. Pächter, d. h. Nutzniesser eines Grundstücks, so gewinnt der bisher ruhende Eigenbesitz des A., sobald B. von dem Grundstück abzieht, wieder seine volle Intensität, ohne dass es hierzu eines besonderen Restitutionsaktes bedürfte".

[2]) Vgl insbes Leonhard i. d. Anm. zu Ecks Vortr. zum B.G.B. Bd. II. S. 22. Anm. 3, S. 3. Anm 3; Plank Anm. 2 zu § 854; Goldschmidt, Studien z. Besitzr. 1888 S. 2.

die Auffassung des täglichen Lebens die grösstmöglichste Rücksicht zu nehmen ist und man sich davor hüten muss, die Gewalt als etwas rein sinnliches zu betrachten, so darf man doch andererseits in seinen Konzessionen an die Auffassung des täglichen Lebens nicht zu weit gehen, dies führt sonst leicht gerade in der Frage der Besitzvererblichkeit zu kaum haltbaren Folgerungen und drängt uns unwillkürlich die Frage auf, welche Bedeutung dann überhaupt dem § 857 innewohnt. Bei einer derartigen Auffassung, wie vorstehend erwähnt, können wir nicht umhin, den § 857 als völlig überflüssig zu betrachten. Er zieht dann nur das Fazit aus den tatsächlichen Lebensverhältnissen, indem er die Auffassung des täglichen Lebens, die ja die tatsächliche Gewalt auch beim abwesenden Erben als vorhanden ansieht, für richtig anerkennt. Dies kann jedoch unmöglich der Sinn des § 857 sein, der erst nach heissem Kampfe in das B.G.B. aufgenommen worden ist. Nicht darf der Besitz, wenn man so sagen kann, von aussen, sondern von innen betrachtet werden, d. h. von dem Gewalthaber selber aus, bei dem in jedem Falle ein gewisses Einwirkenkönnen auf die Sache eine gewisse Präsens bei der Sache[1]) vorhanden sein muss[2]).

Folgt man der Ansicht derer, die den Begriff des tatsächlichen Gewaltverhältnisses lediglich durch das Verhalten Dritter bestimmen wollen, so kann von „Vererbung“ oder von „Uebergehen“ nicht gesprochen werden, denn im Augenblicke des Todes des Erblassers entsteht ja, wie oben schon ausgeführt, die tatsächliche Gewalt des Erben als soziales Gewaltverhältnis von selbst, „die Mitmenschen,

[1]) vgl. Sokolowski, Philosophie im Privatrecht II. S. 298.

[2]) So auch die herrschende Lehre, insbes. Windscheid, Pand I. § 153 Text zur Anm. 4 u. die Anm. 8 i. d d Literatur verzeichnet ist: a. A. Goldschmidt: Vermischte Schriften Bd. I, S. 70 ff (1901); Biermann, Komm. z. Sachr. Anm. 2 zu § 854; Planck Anm. 2 zu § 854; Leonhard i. Ecks Vortr. Bd. 2, S. 3, Enneccerus-Kipp II. 1. S. 10

die eine Nachlasssache liegen sehen, wissen ja, dass sie einem Herrn gehört[1])".

Jedenfalls kann dem Erben nur rein faktisch eine „tatsächliche Gewalt" zukommen, d. h. ihm muss ein Einwirkenkönnen möglich sein. Nie kann ihm aber das Gesetz (§ 857) eine „tatsächliche Gewalt" geben, denn nie kann das Gesetz Tatsachen dekretieren. Tatsachen werden eben nur aus Tatsachen geboren. „Res facti infirmari iure civili non potest"[2]).

Das Gesetz kann wohl sagen, was geschieht, wenn die Wand blau ist, oder (Fiktion) die Wand ist so zu behandeln, als wenn sie blau wäre, niemals kann aber das Gesetz bestimmen: die Wand ist blau, wenn sie in Wirklichkeit rot ist. Diese Erwägung steht gerade mit unserem Ergebnis in vollstem Einklange. Denn § 857 will auch nur sagen, dass dem Erben die Rechtsstellung des Besitzers, der Besitz als Rechtsverhältnis, zukommt. Dieser Fall der Uebertragung der an einem bestimmten Tatbestand geknüpften Rechtsfolgen unter Loslösung von diesem Tatbestande steht auch keineswegs vereinzelt dar. Es sei hier nur erinnert an ein Beispiel im römischen Recht: Der Erbe setzte, obwohl der Besitz des Nachlasses, wie wir oben gesehen haben, auf ihn nicht überging, die in der Person des Erblassers begonnene Ersitzung fort[3]).

Stimmt beim Tode des Erblassers die tatsächliche Lage mit der Rechtslage überein, dann um so besser, trifft dies indes nicht zu, nun so ist es ein Fall mehr, in dem das tatsächliche Element sich vom rechtlichen im Besitz getrennt hat. Fallen aber die „tatsächliche Gewalt" und die Rechtsstellung des Besitzers auseinander, dann hat, wie oben dargelegt, gleichwohl die tatsächliche

---

[1]) Vgl. Leonhard in Ecks Vortr. Bd. II, S 22, Anm. 3.

[2]) Dig. 41, 2. 1. § 4. Vgl. auch Enneccerus-Kipp II 1. S. 26: „Indem das Gesetz die Vererbung des Besitzes anordnet, ordnet es nicht den Uebergang der Sachherrschaft auf den Erben an".

[3]) Vgl. Dig. 41,3 l. 40; Dig 4,6 l 30 pr.

Gewalt stets die Tendenz, sich wieder mit dem „Besitze“ zu vereinigen. Dieser Tendenz kann der Erbe durch die ihm zustehenden Besitzschutzmittel den nötigen Nachdruck verleihen.

II. Besonderer Teil.

Die Vererblichkeit des Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben.

§ 4.

Die Vererblichkeit des unmittelbaren Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge beim Tode des Vorerben.

§§ 1.

Der vom Erblasser herrührende unmittelbare Besitz des Vorerben, ein Bestandteil der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft im Sinne des § 2139 B.G.B.

Mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139). Der Nacherbe wird im Augenblicke des Todes des Vorerben Erbe, aber nicht des Vorerben, sondern des Erblassers, dessen wahrer Rechtsnachfolger er ist[1]).

---

[1]) **a.** M. Hellwig (Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S 219) der den Nacherben als Rechtsnachfolger des Vorerben bezeichnet. Dafür dürfte indes m. E mehr der Ausdruck „Gesamtrechtsnachfolger“ am Platze sein, denn Rechtsnachfolge in einen Vermögensinbegriff („Erbschaft“), die hier nur in Frage kommen kann) ist = Gesamtnachfolge. Doch ist diese ganze Streitfrage mehr konstruktiver, als praktischer Natur, vor allem im Rahmen dieser Arbeit gegenstandslos. Vgl. auch Planck Vorbem. zu § 2100.

Sehr nahe liegt es nun, ohne Rücksicht auf das Bestehen von § 857 den Uebergang des vom Erblasser herrührenden Besitzes auf den Nacherben aus dem allgemeinen § 2139 in Verbindung mit § 1922 herzuleiten[1]). Dass der Besitz im natürlichen Sinne – der Besitz als die tatsächliche Herrschaft über eine Sache — auf den Nacherben nicht übergehen kann, ist bereits aus dem oben Dargelegten zu entnehmen. Wie steht es nun aber mit dem anderen im Besitze liegenden rechtlichen Element, dem Rechtsverhältnis des Besitzes? Kann man den Uebergang dieses Rechtsverhältnisses des Besitzes auf den Nacherben aus dem allgemeinen § 2139 konstruieren?

Hierbei ist der Nachweis erforderlich, dass das Rechtsverhältnis des Besitzes, losgelöst von dem Besitze im natürlichen Sinne, zur Erbschaft im Sinne des § 2139 gehört. Das B.G.B. gibt uns selbst über den Begriff der Erbschaft Aufschluss. Gemäss § 1922 ist die „Erbschaft" das Vermögen, welches als Ganzes auf den Erben übergeht. Dies bedeutet, dass der Erbe oder die Mehrheit der Erben auf einmal, mit einem Schlage, in die Gesamtheit der vermögensrechtlich gearteten Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt[2]). Dass dem Besitz nicht nur ein tatsächliches Element innewohnt, sondern auch dem Besitzer eine Rechtsstellung gebührt, dadurch das blosse Besitzverhältnis sich zum Rechtsverhältnis erhebt, haben wir bereits oben dargelegt.

Es bleibt uns also noch der Nachweis übrig, dass das Rechtsverhältnis des Besitzes vermögensrechtlich geartet ist.

Der Begriff des Vermögensrechtes ist im Gesetz weder definiert, noch aus bestimmten Merkmalen zu ent-

---

[1]) vgl. auch Ennecerus-Kipp a. a. O. S. 25.

[2]) Dieselbe Meinung vertritt auch hinsichtlich der Erbschaft „als „Vermögensganzen" Sohm in seinem Gegenstande 1905. S. 42. (Vgl Staudinger Erbrecht 1909 S. 9.

nehmen [1]). Das äussere Kennzeichen des Vermögensrechtes ist nach der herrschenden Ansicht [2]) der Geldwert, weil Geld das allgemeine Tauschmittel ist und daher zur Erreichung aller wirtschaftlichen Zwecke dient [3]). Dass diesen Sinn die Worte „Vermögen", „Vermögensrecht" im allgemeinen Sprachgebrauche haben, ist zweifellos. Sohm [4]) hat als erster, wie schon angedeutet, in seiner Schrift über den „Gegenstand" die viel verbreitete Meinung, dass die zu einem Vermögen gehörenden Gegenstände in Geld abschätzbar seien, mithin einen Geldwert haben müssten, auf Grund des positiven Rechts zu entkräften versucht, d. h. auf Grund von Rechtssätzen, welche den Vermögensrechten gemeinsam und ihnen im Gegensatze zu den übrigen Rechten (den Rechten des Personenrechts) eigentümlich sein sollen. Indem er die Richtigkeit der Gleichsetzung der Vermögensrechte mit den geldwerten Rechten verneint, sucht er zugleich nachzuweisen, dass das gemeinsame Merkmal aller Vermögensrechte darin bestehe, dass sie Gegenstand eines Veräusserungsgeschäftes sein können. Das Wesen des Vermögensrechtes sei seine Verfügbarkeit. Die Frage, ob ein Recht im Sinne des B.G.B. ein Vermögensrecht bedeute, falle mit der Frage zusammen, ob das Recht einen Gegenstand im Sinne des B.G.B. (einen Verfügungsgegenstand) darstelle [5]). Da der Besitz kein Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügung sein könne (der Besitz könne nur überlassen oder eingeräumt, d. h. tatsächlich hingegeben werden), mithin kein Gegenstand im Sinne des B.G.B. sei, könne es auch grundsätzlich

[1]) s. a. Sohm, der Gegenstand 1905. Hierüber s. u.

[2]) Dernburg, bürg. Recht Bd. I, § 18 III; Engemann, Lehrb. d. bürg. R. 09, S. 78; Kipp b. Winscheid, Pand. 8. Aufl. Bd. I, § 42 S. 151 ff.

[3]) vgl. v. Thur, Allgem. T. d. B.G.B. 1910, S. 314.

[4]) vgl. Sohm, Der Gegenstand 1905.

[5]) vgl. Sohm, a. a. O. S. 23.

keine Rechtsnachfolge in dem Besitz geben, denn eine solche gebe es nur bei Gegenständen.

Obgleich Sohm lehrt, dass die Vermögensrechte im Grundsatze veräusserliche Rechte sind, will er Eigentum und Forderung stets zu den Vermögensrechten zählen, selbst wenn diese Rechte im einzelnen Falle unveräusserlich sind. Um seine aufgestellten Grundsätze hiermit in Einklang zu bringen, stellt Sohm die Lehre auf, es sei für den Begriff des Vermögensrechtes nicht erforderlich, dass es in concreto tatsächlich veräusserlich sei, sondern es genüge, dass es der Art nach veräusserlich sei[1]). Der Ausweg, den Sohm hier macht, lehrt deutlich, dass er selbst die Schwierigkeit erkennt, die diese Rechte seiner Lehre bereiten. Ferner sieht er sich, da nach seinen aufgestellten Grundsätzen in Besitz und Schulden als „Nichtgegenstände" keine Rechtsnachfolge stattfinden kann, das Gesetz aber gleichwohl eine solche in den §§ 857, 1967 statuiert, gezwungen, die Erbfolge, die sonst gewöhnlich als Haupt und Normalfall der Gesamtnachfolge bezeichnet wird, als eine Abart der „schlichten Gesamtnachfolge", als Nachfolge nicht nur in einen Inbegriff von Vermögensrechten, d. h. in eine Gesamtheit von Gegenständen, sondern als Nachfolge in die erblasserische vermögensrechtliche Persönlichkeit hinzustellen. Dies ist jedoch, was auch Klingmüller[2]) sehr richtig bemerkt, lediglich „ein Kampf mit Worten und ein konstruktiver Versuch ohne zwingende Ueberzeugungskraft". Irrig ist insbesondere auch die Gegenüberstellung von Vermögens- und Personenrechten, da die Abgrenzung der Vermögensrechte im Einzelnen durch das positive Recht ungleich vollzogen ist. Beide Begriffe sind nicht einander ausschliessend, denn eine Mehrzahl von Vermögensrechten enthalten oder erzeugen zugleich persönliche Beziehungen,

[1]) Vgl. Sohm, im Arch. bürg. R. Bd. 28, S. 128

[2]) Klingmüller in Grünhuts Ztschr. f. Privat- u. öffentl. Recht Bd. 34, S 488

z. B. das in dem Aktienrecht enthaltene Stimmrecht, dessen nicht vermögensrechtliche Natur durch die wider Kauf und Verkauf der Stimme gegebenen Vorschriften insbesondere scharf hervortritt; andererseits borgen auch Nichtvermögensrechte vermögensrechtliche Bestandteile in sich ab, so das Autor-, Erfinder-, Firmen- und Warenzeichenrecht, das Unterhaltsrecht nach §§ 1601 ff. B.G.B., das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht des Ehemannes, am eingebrachten Gut (§ 1363 B.G.B.), die väterliche Nutzniessung nach § 1649 ff. B.G.B. u. a. m.

Da u. a. kein sich auf alle Vermögensrechte und nur auf Vermögensrechte beziehender Rechtssatz im B.G.B. vorhanden ist, woraus sich der Begriff des Vermögensrechtes im juristischen Sinne herleiten liesse, muss man mit der herrschenden Meinung[1]) den Sinn zu Grunde legen, den das Vermögensrecht im allgemeinen Sprachgebrauche hat. Hiernach sind als Vermögensrechte Rechte von wirtschaftlichem Wert, der sich hauptsächlich in dem Geldwert äussert, zu bezeichnen.

Für die Auffassung des Besitzes als eines vermögensrechtlich gearteten und damit in Geld abschätzbaren Rechtsverhältnisses, sprechen einmal die Vorteile, die der Besitz gewährt. Diese bestehen bei fremden Ansprüchen auf die Sache in den prozessualen Eventualitäten, welche vor allem bei der Beweisregelung hinsichtlich der rei vindicatio eintreten können. So braucht beispielsweise der auf Grund von § 985 klagende Besitzer nicht sein Eigentum zu beweisen, während umgekehrt den Gegner der Beweis dafür trifft, dass ihm der Besitz zusteht. Ferner ist auch hervorzuheben, dass der Besitz die Grundlage der Ersitzung bildet und so zum Eigentum führt, das doch unbestritten einen Geldwert repräsentiert. Das Hauptargument für den Charakter des Besitzes als eines geldwerten Rechtsverhältnisses bietet

[1]) Vgl. oben.

§ 2169, wo der Besitz als solcher Gegenstand eines Vermächtnisses sein kann. („Es sei denn, dass er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewährt"). Vergleicht man hierzu die Definition des Vermächtnisses im B.G.B. als die Zuwendung eines Vermögensvorteils (§ 1939), so dürfte wohl jeder Zweifel über den Besitz als einen Vermögenswert gehoben sein. Auch § 956 B.G.B. kann man als Beleg heranziehen. Nach diesem erwirbt der obligatorische Fruchtziehungsberechtigte, der nicht im Besitze der Fruchtsache ist, erst die Früchte mit der Besitzergreifung, dagegen der die Fruchtsache Besitzende bereits mit der Trennung, wenn ihm auch nur das Rechtsverhältnis des Besitzes zukommt, also z. B. die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener ausüben lässt. Dies kann für die Eigentumsverhältnisse von grossem Vorteile sein. So steht dem besitzenden Pächter, dessen Früchte von einem Diebe getrennt werden, gegen diesen der Eigentumsanspruch zu, während sich im gleichen Falle im Vermögen des nichtbesitzenden Pächters die rei vindicatio nicht vorfindet, sein Vermögen also um einen sehr erheblichen Geldwert geringer ist. Ja der Besitz kann sogar — wenigstens nach der herrschenden Meinung[1]) —, wenn er auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund erlangt ist, den Gegenstand eines Bereicherungsanspruches bilden, denn er fällt unter „etwas" im Sinne des § 812, dieses „etwas" aber besteht in der Erlangung irgend eines Vermögensvorteils. Der Besitz ist damit als ein mit erheblichen Rechtswirkungen gekleidetes Rechtsgut[2]), das wertvolle Rechtspositionen gewährt, anerkannt und bildet einen Bestandteil des Vermögens im juristischen Sinne. Er stellt im Vermögen des besitzenden Nichteigentümers einen besonderen Be-

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle, Ziff. 5 zu § 812; Planck II, S. 579; Rspr. d. O.L.G. Bd. 14, S. 289.

[2]) Vgl. v. Mayr, Bereicherungsanspruch 1903, S. 129; Strohal, Sachbesitz, S. 65 ff.

standteil dar, während für den Eigentümer die Sache, solange er ihren Besitz entbehrt, einen geringeren Wert hat; um diese Differenz zwischen Haben und Nichthaben ist also sein Vermögen ärmer.

Da der Besitz nun, wie dargelegt, ein Vermögensbestandteil darstellt, die Erbschaft aber ein Vermögen repräsentiert, so ergibt sich hieraus mit zwingender Notwendigkeit, dass der Besitz zum Bestandteil der Erbschaft gehört (§§ 1922, 2139).

Die gegenteilige Meinung, dass der Besitz nicht zur Erbschaft gehöre, muss natürlich von der, wie oben nachgewiesen, nicht haltbaren Prämisse ausgehen, dass der Besitz eine blosse Tatsache sei. Den Besitz von diesem Standpunkte aus als Bestandteil der Erbschaft zu bezeichnen, würde ein schwerer Verstoss gegen die Grundsätze der Logik sein.

Manche [1]) hinwieder argumentieren gerade umgekehrt. Im Hinblick darauf, dass der Grundsatz des § 1922, wonach mit dem Erbfall das Vermögen als Ganzes auf den Erben übergeht, sich auch in § 857 auf das gemäss § 854 nur tatsächliche Besitzverhältnis [2]) erstreckt, erhalte dieses nach ihrer Meinung die Natur eines Vermögensbestandteils. Doch diese Schlussfolgerung können wir nicht als Argument für unsere Zwecke anführen, da wir ja gerade die Zugehörigkeit des Besitzes zum Vermögen (zur „Erbschaft") lediglich aus (§ 2139, § 1922), abgesehen von § 857, nachweisen wollten.

Da mit dem Tode des Vorerben die Erbschaft dem Nacherben anfällt (§ 2139, 2106 Abs. 1), muss auch der vom Erblasser herrührende, unmittelbare Besitz des Erben, als zur „Erbschaft" gehörig, auf den Nacherben ipso iure übergehen, ohne dass es einer Besitzergreifungshandlung bedarf.

---

[1]) Komm. d. R.G.R. I. Bd. zu § 857.

[2]) Nach unserer Darlegung handelt es sich nur um den Uebergang des Besitzes als Rechtsverhältnis.

Aber selbst diejenigen[1]), die unsere Meinung teilen, dass der Besitz ein Bestandteil der Erbschaft sei, wollen eine Einschränkung hier beim unmittelbaren Besitze des Vorerben machen. Sie behaupten, nur der gemäss § 857 erworbene Besitz sei Bestandteil der Erbschaft und gehe auf den Nacherben über, dagegen höre der vom Erben gemäss § 854 Abs. 1 tatsächlich ergriffene Besitz auf, Bestandteil der Erbschaft zu sein und verbleibe auch nach Eintritt der Nacherbfolge dem Vorerben, der ihn im Falle seines zufällig mit dem Eintritt der Nacherbfolge zusammenfallenden Todes auf seine Erben vererbe. Diese Ansicht ist m. E. jedoch nicht zutreffend.

Denn, wie oben gezeigt, erlangt der Vorerbe mit dem Tode des Erblassers lediglich die rechtliche Stellung des Besitzers, nur das rechtliche Element im Besitze geht auf ihn über, das aber stets die Tendenz hat, sich mit dem tatsächlichen Element zu vereinigen. Wenn der Erbe nun den Besitz tatsächlich ergreift, so verleiht er dieser Tendenz nur besonderen Nachdruck; die Handlung von Vorerben ist eben nur Herstellung des dem Besitze als Rechtsverhältnis entsprechenden und grundsätzlich mit ihm eng verknüpften tatsächlichen Zustandes, nur Ausübung[2]) eines schon längst bestehenden Besitzes. „Die tatsächliche Besitzergreifung durch den Erben verfestigt zwar den erworbenen Besitz, verschafft aber dem Erben keinen neuen oder anderen Besitz“[3]), die Ergreifung verdichtet die Herrschaftsmöglichkeit zur Herrschaft[4]). Unwillkürlich erinnert dieser Vorgang an das Freiwerden des Eigentums von Rechten Dritter. Wenn z. B. eine Sache von dem

[1]) Vgl. insbes. Strohal, Erbr. Bd. II, § 63 No. III, 4b u. c; Strohal, Sachbes. S. 194 ff; Planck Bem. 4 zu § 2139; Staudinger, Bem. 4 zu § 2139; Komm. d. R.G.R. 1910, Anm. zu § 2139; vgl. auch Kress, Besitz und Recht S. 88, und Ennecerus-Kipp-Wolf, a. a. O. S. 27.

[2]) Vgl. Binder, Rechtsstell. d Erben Bd. I, S. 61.

[3]) Vgl. Gierke, Sachenrecht 1905, S. 241.

[4]) Vgl. Ennecerus-Kipp a. a. O. S. 26.

Eigentümer für eine Forderung verpfändet worden ist und darauf die Schuld getilgt wird, so erlangt das Eigentum von selbst wieder seine allumfassende Herrschaft zurück, das Pfandrecht, das von ihm ausging, ist wieder in den Schoss des alle Rechte in sich vereinigenden Eigentums zurückgekehrt. Aehnlich müssen wir uns den Vorgang in unserem Falle vorstellen. Das tatsächliche Element, das von dem rechtlichen Element eine Zeitlang getrennt war, hat sich wieder mit ihm vereinigt. Die Elastizität des Besitzes mit der sich stetig betätigenden Tendenz der Wiedervereinigung beider im Besitze schlummernden Elemente hat somit auch diesmal wieder ihren Sieg davongetragen.

Gegen unsere Ansicht sprechen auch nicht die §§ 2025, 2027. Wenn das Gesetz hier gleichwohl unterscheidet, ob der Erbe den Nachlass bereits tatsächlich ergriffen hat oder nicht, so geschieht dies nur, wie auch die Protokolle[1]) bestätigen, um unbillige Härten gegenüber dem Erbschaftsbesitzer (§ 2018) zu verhindern, keineswegs aber deshalb, um den gesetzlichen Besitz des Erben abzuschwächen. Der Gesetzgeber hat hier nur der Bedeutung des tatsächlichen Moments einen besonderen Ausdruck verliehen. Die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft seitens des Erben ist hier die conditio sine qua non für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches. Das Wort „tatsächlich ergreifen" ist in Uebereinstimmung mit Binder[2]) nicht als ein Akt anzusehen, durch den der Erbe neuen Besitz begründet, sondern — unseren obigen Erörterungen folgend — kann auch dieser Ausdruck lediglich als Besitzausübung bezeichnet werden. Die tatsächliche Inbesitznahme wirkt nicht konstitutiv, sondern lediglich konfirmatorisch[3]). Wie sollte das Gesetz auch anders seiner

[1]) Prot. V, S. 720 ff.

[2]) Binder, I, S 61.

[3]) Vgl auch den Standpunkt des englischen Rechts (Gundermann, Engl Privatrecht S. 162; Cosack, Besitz des Erben S. 49). Nach diesem erhält der gesetzliche Erbe nach dem Tode des Erblassers eine „seisin in law", eine dingliche Klage. Der Besitz-

Ueberzeugung Ausdruck verleihen, dass es sich hier nur um sichtliche Betätigung eines schon vorhandenen Erbenbesitzes handele. Die Formen einer solchen Betätigung können nun sehr mannigfaltig sein. Das eine steht jedoch fest, dass das „tatsächliche Ergreifen" wohl in allen Fällen diejenige Handlung sein wird, mit welcher der Erbe seine schon früher erlangte rechtliche Herrschaft betätigt. Es ist so zu sagen seine erste Regierungshandlung.

Ein derartiger Vorgang ist nicht allein dastehend. Auch in anderen Fällen des täglichen Lebens kehrt dieselbe Erscheinung wieder. Wenn z. B. jemand auf längere Zeit verreist und nach seiner Rückkehr wieder an seinem ihm gemäss § 856 Abs. 2 nicht verloren gegangenen Besitz die tatsächtiche Herrschaft wiedererlangt, so wird man auch in diesem Falle von einem „Ergreifen" des Besitzes sprechen. Doch wird wohl niemand behaupten können, dass dies als ein neuer Besitzerwerb im Sinne von § 854 Abs. 1 anzusehen sei, denn der Zurückgekehrte war ja noch während der Dauer seiner Abwesenheit Besitzer. Vielmehr liefert auch dieser Fall ein Beispiel dafür, dass in vielen Fällen des täglichen Lebens die Erlangung des Besitzes im natürlichen Sinne nicht den Erwerb einer originären Besitzherrschaft darstellt, sondern vielmehr sich nur als Ausfluss einer schon längst bestehenden Machtstellung zu erkennen gibt. Wenn das Gesetz in den §§ 2025, 2027 wirklich mit den Worten „wenn der Erbe den Besitz der Sachen tatsächlich ergriffen hat", einen Besitzbegründungsvorgang zum Ausdruck bringen wollte, hätte es wohl auch die Worte des § 854 Abs. 1 gewählt, „wenn der Erbe die tatsächliche Gewalt über die Sachen erlangt hat".

Die §§ 2025, 2027 Abs. 2 sind daher m. E. nicht geeignet für die Annahme einer Duplizität des Erbenbe-

---

eintritt (entry), bestehend in der faktischen Nutzniessung des Gutes, trägt jedoch unter gewissen Voraussetzungen zur Sicherung und Verstärkung des Besitzrechts bei.

sitzes als eines originär (§ 854) und derivativ (§ 857) erworbenen Besitzes.

Aber auch gewichtige praktische Bedenken sprechen gegen eine solche Annahme. Da in fast allen Erbfällen doch der Erbe von den Nachlasssachen Besitz ergreift, ja sehr oft schon mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft sich befindet, so wäre überhaupt für die Anwendung des § 857 gar kein Raum. Diese Bestimmung hätte dann nur Bedeutung in jenen mühsam konstruierten, im täglichen Leben eine seltene Ausnahme darstellenden Schulbeispielen, in denen der Erbe gewöhnlich weit entfernt, in fernen Weltteilen weilend, betrachtet wird. Ferner sei auch noch auf die Vorschrift des § 858 Abs. 2 hingewiesen, wonach der Erbe den Makel der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Erblassers stets gegen sich gelten lassen muss. Auch diese Vorschrift würde einen guten Teil ihrer Bedeutung verlieren, denn da der Erbe doch regelmässig von den Erbschaftssachen Besitz ergreifen wird und er damit eine originäre Besitzherrschaft erlangt, so könnten ihm, als originären Besitzer, aus der Person des Erblassers nicht etwaige Fehler und Mängel des Besitzes entgegengehalten werden. Dritte Personen, denen der Erblasser ohne deren Willen den Besitz entzogen hat, hätten also beispielsweise kein Mittel mehr, von den Erben wieder Einräumung des entzogenen Besitzes mit Hilfe der Besitzklagen zu verlangen. Dies alles sind unhaltbare Konsequenzen, die sich in keiner Weise mit dem Sinne des Gesetzes und in letzterem Falle auch nicht mit den Geboten von Recht und Billigkeit in Einklang bringen lassen.

Schliesslich begegnet auch die praktische Durchführung des Strohal'schen Gedankens erheblichen Schwierigkeiten. Es wird in den meisten Fällen kaum möglich sein, mit absoluter Sicherheit festzustellen, an welchen Sachen der Erbe Besitz ergriffen hat und an welchen nicht. Diese Schwierigkeit wird aber noch dann erhöht, wenn der Fall der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt. Die Strohal'sche Ansicht setzt einen

sehr zuverlässigen und juristisch gebildeten Vorerben voraus, der genau Buch darüber führt, an welchen Sachen er Besitz genommen hat und dann auf seinem Sterbebette seinen Erben genaue Mitteilung macht, nur um der Strohal'schen Meinung von der Teilung des Besitzes zur praktischen Geltung zu verhelfen.

Will man überhaupt, wie Strohal, eine Unterscheidung zwischen Besitz auf Grund von § 857 und § 854 als gerechtfertigt anerkennen, so ist dieser Gegensatz auf ganz anderen Grundlagen zu basieren. Für die Unterscheidung kann allein massgebend sein, ob der Erblasser schon den Besitz hatte oder nicht. Stand dem Erblasser ein blosses Recht auf Besitzübertragung zu, — letzteres wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Erblasser plötzlich aus einem geschäftlichen Leben herausgerissen wird und tausenderlei Geschäfte auf ihre Abwickelung harren, — und erlangt dann der Erbe z. B. auf Grund eines bereits abgeschlossenen, aber noch nicht erfüllten Kaufes den Besitz im natürlichen Sinne, dann zögern wir keinen Augenblick mit Anerkennung dieses Besitzes als eines von ihm selbständig erlangten, der völlig unabhängig ist von dem Besitze im Sinne des § 857. Als solcher völlig selbstständiger Besitz charakterisiert sich vor allem auch der Besitz, den der Vorerbe an Sachen begründet, die er während der Vorerbschaft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (§ 2111).

Als Resultat vorstehender Erörterungen ist demnach folgendes festzustellen:

Durch die Inbesitznahme der schon im Besitze des Erblassers befindlichen zum Nachlass gehörigen Sachen erwirbt der Vorerbe nicht neuen, selbständigen Besitz; die tatsächliche Zugehörigkeit der Sachen zum Nachlasse hebt er dadurch nicht auf. Der unmittelbar, vom Erblasser überkommene Besitz des Vorerben ist ein einheitlicher Besitz, dessen rechtliches Element zur Erbschaft im Sinne des § 2139 gehört und mit dieser beim Tode des Vorerben dem Nacherben anfällt.

§§ 2.

§ 857 B.G.B., ein Beleg für die Vererblichkeit des unmittelbaren Besitzes auf den Nacherben.

Selbst wenn man der vorgetragenen Ansicht, dass der unmittelbare Besitz einen Bestandteil der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft bildet, nicht folgt, so ist doch gleichwohl auch die Vererblichkeit des Besitzes der zum Nachlasse gehörigen Sachen auf den Nacherben beim Tode des Vorerben aus § 857 herzuleiten.

Bei unserer Darstellung möchte es fast scheinen, als ob § 857 völlig überflüssig wäre. Eine derartige Folgerung lehnen wir jedoch ab. Der Begriff des Vermögens ist, wie oben ausgeführt, ein Tummelplatz widersprechendster Ansichten. Auch in den Kommissionen werden Vertreter verschiedenster Richtungen vorhanden gewesen sein. Um nun gerade in einem für die Praxis so wichtigen Falle, wie hier, nicht den Rechtsuchenden etwaigen widersprechenden Entscheidungen des die Rechtslage jeweilig beurteilenden Richters auszusetzen, hat das Gesetzbuch ausdrücklich den § 857 aufgenommen. Er verdankt also lediglich seine Existenz dem Zweck des Gesetzes, jeden Zweifel über die Besitzvererblichkeit, die ja auch Jahrhunderte hindurch heiss umstritten worden ist, ein für allemal zu beheben[1]).

Der § 857 spricht schlechthin nur von „Erbe". Es entsteht nun die Frage, ob der Nacherbe wahrer Erbe ist.

Das B.G.B. hat die Einsetzung des Erben, also die Verschaffung des Erbrechtes, genau so wie die Verschaffung eines anderen sonstigen Rechtes behandelt. Wie sonstige Rechte, z. B. der Niessbrauch, unter zeitlicher Begrenzung eingeräumt werden können, (unter Anfangs-Endtermin, aufschiebender und auflösender Bedingung), ebenso kann auch der Erblasser bei der Einsetzung eines

[1]) Vgl. hierzu auch Mot. z. d. Entw eines B.G.B. Bd. V, S. 531.

Erben dessen Erbenstellung zeitlich begrenzen und so ihm ein zeitlich begrenztes oder bedingtes Erbrecht verschaffen. Es finden denn auch auf die Erbeinsetzung im grossen und ganzen die gewöhnlichen Regeln von Befristung und Bedingung (§§ 158—163) Anwendung[1]). Setzt daher der Erblasser einen Erben unter einem dies ad quem oder unter einer Resolutivbedingung ein, so endigt mit Eintritt dieses dies resp. mit der Erfüllung der Bedingung die Erbenstellung des Erben ipso iure; es fällt dann der Nachlass ipso iure an einen zweiten Erben, den Nacherben, gerade so als ob der Erblasser erst jetzt gestorben wäre[2]). Demnach ist der Nacherbe auf Grund des B.G.B. ein ganz gewöhnlicher Erbe, nur dass eben seine Erbenstellung eine zeitlich hinausgeschobene ist. Dieser Umstand hat allerdings Grosse[3]) veranlasst zu behaupten, der Nacherbe falle nicht unter den Begriff „Erbe", da Erbe nach § 1922 nur die Person sei, auf welche das Vermögen einer anderen Person mit deren Tode als Ganzes übergeht. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. So zeigt z. B. der Fall des nasciturus deutlich, dass das Vermögen auch erst eine Zeit lang nach dem Tode auf einen neuen Berechtigten (§ 1) übergehen kann, ohne dass dieser deshalb seine Erbenqualität einbüsst (§ 1923)[4]). Die Bezeichnung „mit dem Tode" will hier im wesentlichen nur soviel sagen, als wie „aus Anlass des Todes" einer natürlichen Person. Gewiss soll nicht verkannt werden, dass in diesem Ausdruck „mit dem Tode" auch ein zeitliches Moment liegt. Dies trifft aber

---

[1]) Vgl Planck V, Vorbem zu § 2100; Strohal, Erbrecht I, S. 138 ff.

[2]) Die allgemeine Wirkung des Eintritts einer Bedingung ist in § 2139 für den Nacherben nur besonders ausgesprochen.

[3]) Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars in vergleichender Stellung des Nacherben, S. 8.

[4]) Bleckwenn, Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft, S. 49.

nur in dem Regelfalle zu, dass der Erbe mit dem Tode entsteht, was indes nicht unter allen Umständen erforderlich ist. Wie oben ausgeführt, gewähren auch andere zeitliche Momente, als gerade der Todesfall Erbenrechte. Daraus ergibt sich, dass zwischen dem Todesfalle und dem Eintritt der Erbfolge eine geraume, für gewöhnlich auf 30 Jahre (§ 2109) begrenzte Zeit liegen kann. Für unseren Fall ergibt sich daher die Schlussfolgerung, dass persönliche Unmittelbarkeit der Nacherbfolge zur Erlangung der Erbenstellung nicht erforderlich ist. Diese Auffassung befindet sich auch mit den positiven Bestimmungen des Gesetzbuches in vollstem Einklange. Im Falle der Nacherbfolge kommen die wichtigsten erbrechtlichen Grundsätze, welche überhaupt für den Erben gelten, zur Anwendung, wie z. B. die Rechtssätze über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1942 ff.), Erbenhaftung (§§ 1967 ff.), Erbschaftsanspruch (§§ 2018ff.), Mehrheit von Erben (§ 2032 ff.), allgemeine Vorschriften über Testamente (§§ 2064 ff.), Errichtung und Aufhebung des Testaments (§§ 2229 ff.), gemeinschaftliches Testament und Erbverträge (§§ 2265 ff., 2274 ff.), Erbunwürdigkeit und Erbverzicht (§§ 2239 ff., 2346 ff.), Erbschaftsschein (§§ 2353 ff.) und Erbschaftskauf (§ 2371).

Hieraus ergibt sich, dass das B.G.B. in dem Titel über die „Einsetzung eines Nacherben" nur spezielle Vorschriften gibt, während subsidiär die allgemeinen Grundsätze, die für den Erben Geltung haben, anzuwenden sind.

Gegen die Vererbung des Besitzes auf den Nacherben spricht auch nicht der Umstand, dass nur der allgemeine Paragraph 1922 unter den Spezialvorschriften der Nacherbfolge aufgenommen, nicht aber der § 857 wiederholt ist. Auch der § 2139 verdankt wohl seine Existenz vorzugsweise dem Bestreben, in einwandsfreier Weise festzustellen, dass der Nacherbe ebenfalls wahrer Erbe ist. Dies erhellt auch daraus, dass § 2139 den Begriff der Erbschaft gar nicht mehr definiert, sondern aus § 1922

als gegeben entnimmt. U. E. hätte daher § 2139 ebensogut im Gesetzbuch fehlen können, wofür auch die Erwägung spricht, dass schon gemäss den Vorschriften über die Wirkung des Eintritts von Bedingungen (§ 158) der frühere Rechtszustand ipso iure wieder eintreten müsste.

Wie steht es nun mit der Anwendung des § 857 bei Eintritt der Nacherbfolge? So wie die wichtigsten erbrechtlichen Grundsätze für den Nacherben Platz greifen, ebenso muss auch die Vorschrift des § 857 für den Nacherben gelten. Denn das Gesetzbuch ist ein grosses einheitliches Ganzes. Eine Verweisung auf frühere Paragraphen erübrigt sich daher, wenn das Gesetzbuch nicht Modifikationen von früher gegebenen Vorschriften anstrebt. In unserem Falle schweigt das Gesetzbuch über die Anwendbarkeit des § 857 auf den Nacherben. Er ist durch eine besondere Vorschrift nicht ausser Kraft gesetzt und muss daher auch im Falle der Nacherbfolge zur Anwendung kommen[1]), zumal auch innere, aus dem Wesen der Nacherbfolge folgende Gründe in keiner Weise seiner Geltung entgegenstehen. Auch hier tritt dann wieder jene oben behandelte Trennung der tatsächlichen Gewalt von dem Rechtsverhältnis des Besitzes ein mit der Tendenz, sich nach Möglichkeit wieder zu vereinigen. Durch die Besitzschutzmittel ist der Erbe in die Lage versetzt, jene Wiedervereinigung der beiden Besitzelemente herbeizuführen.

Sehr nahe liegt nun der Schluss, dass der Besitz gemäss § 857 auf die Erben des Vorerben übergeht. Nach obigen Ausführungen handelt es sich nicht etwa um die tatsächliche Gewalt, die auf die Erben des Vorerben übergehen kann, denn der Dekretierung von Tat-

---

[1]) a. A. insbes. auch Endemann, Sachenrecht, nach dem der Nacherbe auf Grund der §§ 857, 2139 in den Besitz der Nachlasssachen nur dann eintreten kann, wenn er unmittelbarer Nachfolger des Erblassers wird, z. B. weil der Vorerbe ausschlägt (§ 2102.)

sachen gegenüber ist das Gesetzbuch impotent [1]). Zweifel können nur entstehen über den Uebergang des rechtlichen Elements.

In voller Konsequenz der Unabhängigkeit des Besitzes vom Rechte zum Besitz könnte man auch meinen, dass der Besitz trotz Bestehens des Rechtes des Nacherben auf die Erben des Vorerben übergehe. Jedoch steht dieser Annahme einmal der Umstand entgegen, dass der Vorerbe im Augenblicke seines Todes aufgehört hat, Erbe und damit Besitzer zu sein; denn wenn auch zum Erwerbe des Erbenbesitzes die Erbenqualität genügt, so ist doch auch ihre Fortdauer für das Vorhandensein des Erbenbesitzes erforderlich. „Der Grund des Besitzerwerbes für den Nacherben bedeutet zugleich das Ende desjenigen Besitzes, der auf den Nacherben übergehen soll“ [2]).

Ihre beste Widerlegung findet jene Annahme durch die Betrachtung der eigentümlichen Stellung des vom ursprünglichen Erblasser überkommenen Nachlasses, der sich plastisch aus dem übrigen Vermögen des Vorerben als Sondervermögen hervorhebt. Schon bei Lebzeiten des Vorerben ist sein Vermögen in zwei, besonderen Rechtsschicksalen folgende Teile zerlegt: Das Privat- oder freie Vermögen und das ererbte Vermögen. Jedes dieser Teile wird, wie das Gesamtvermögen, rechtlich als eine Einheit behandelt [3]) und oft vom Recht besonderen, von der Behandlung des Gesamtvermögens abweichenden Rechtsregeln unterworfen. Jede solche kleinere Einheit — als solche stellt sich der Komplex der die Nacherbschaft ausmachenden Rechtsverhältnisse dar — hat ihr eigenes Schicksal. Am deutlichsten tritt diese Spaltung im Gesamtvermögen beim Tode ihres Inhabers hervor.

---

[1]) Vgl. Strohal, Sukzession in den Besitz, 1885, S. 49; Binder, Bd I, S. 47.

[2]) Vgl. Albrecht, Der Besitz d. Erben, S. 64.

[3]) Cosack, Bürg. Recht Bd. I, 1910, S. 78.

Aehnlich wie im altdeutschen Rechte, wo eine Spezial-Universalsukzession mit verschiedener Wirkung in das Allodvermögen und Lehnsvermögen eintritt, so stehen wir auch hier vor einer Wiederholung dieses Schauspiels. Jede der beiden Massen geht getrennten Rechtsschicksalen entgegen. So geht das ererbte Vermögen, zu dem ja auch der unmittelbare Besitz gehört, auf den Nacherben über, das freie Vermögen dagegen auf die Erben des Vorerben [1]). Daraus ergibt sich auch, dass § 857 hier nicht etwa eine Ausnahme zu Ungunsten der Erben des Vorerben statuiert; denn anderenfalls müsste man auch den § 2139, der den Uebergang der Erbschaft auf den Nacherben festsetzt, als eine Ausnahme von der Regel des 1922 ansehen, wonach grundsätzlich die Erbschaft auf die Erben übergeht.

Als Resultat vorstehender Erörterungen ist demnach Folgendes festzustellen:

Auch § 857, der von dem Uebergange des Besitzes auf den Erben schlechhin spricht, rechtfertigt die Annahme, dass bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben das im Besitze schlummernde rechtliche Element auf den Nacherben übergeht.

§§ 3.

Verhältnis der Erben des Vorerben zum Nacherben im Falle der Ergreifung des auf den Nacherben übergegangenen Besitzes.

In seltenen Fällen wird der Nacherbe im Augenblicke des Todes des Vorerben anwesend sein und sofort die Tendenz des auf ihn übergegangenen rechtlichen Elements, sich mit der tatsächlichen Gewalt zu vereinigen, verwirklichen. Gewöhnlich wird eine Art Interregnum zwischen dem Tode des Vorerben und der definitiven Herausgabe des Nachlasses an den Nacherben liegen.

[1]) vergl. auch Ennecerus-Kippa a. O. S. 27 „Nacherbfolge = translative Gesamtnachfolge in ein Sondervermögen".

Da immer daran festzuhalten ist, dass mit dem Zeitpunkt des Todes des Vorerben das rechtliche Element des Besitzes in jedem Falle auf den Nacherben übergeht, kann es sich hier nur handeln um die Berücksichtigung von Ereignissen, die sich nachträglich in Bezug auf die „tatsächliche Gewalt" abspielen.

Es ist nämlich die Möglichkeit vorhanden, dass die Erben des Vorerben den Besitz der zur Nacherbschaft gehörenden Sachen ergreifen, sei es zu Verwaltungszwecken, sei es zur Durchsetzung eigener unberechtigter Interessen.

Wollen die Erben während des Interregnums die dem Vorerben gemäss § 2130 obliegende Pflicht weiter erfüllen und treffen sie Massnahmen im Interesse der Nacherbschaft, z. B. nehmen sie von den zur Erbschaft gehörenden Pferden Besitz, um sie sachgemäss zu bewegen, so fragt es sich, in welchem Verhältnisse die beiden Besitzer, die Erben des Vorerben und der Nacherbe, zu einander stehen.

Dass dieser zweierlei Besitz an ein und derselben Sache an und für sich kein juristisches Unding ist, lehrt uns vor allem das im Gesetzbuch geregelte Institut des Mitbesitzes (§ 866) und das Institut des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes (§ 868).

Die Annahme eines Mitbesitzes ist u. E. abzulehnen. Dies ergibt sich aus der Ungleichartigkeit des Einflusses, der dem Nacherben und dem Erben des Vorerben zusteht[1]). Es bleibt also nur noch übrig, zur Frage des mittelbaren Besitzes Stellung zu nehmen.

Seine Voraussetzungen halten wir im vorliegenden Falle erfüllt; dem mittelbaren Besitzer muss ein Anspruch auf Herausgabe der Sache zustehen. Einen solchen gewährt § 2130 ausdrücklich dem Nacherben, ganz abgesehen davon, dass seine Existenz schon aus § 2139 folgt. Der vermittelnde Besitzer mus ferner dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet

[1]) Vgl. Leonhard in Ecks Vortr. Bd. II, S. 16.

sein. Eine derartige Verpflichtung liegt ebenfalls bei den Erben des Vorerben vor; denn da sie in das freie Vermögen des Vorerben einrücken und dazu auch die Verpflichtung gehört, die Nacherbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten Verwaltung ergibt (§ 2130), andernfalls eine Schadensersatzpflicht aus dem freien Vermögen in Frage käme, so erhellt hieraus, dass auch die Erben des Vorerben diese Verpflichtung mit dem Erbfalle übernehmen. Das letzte Erfordernis des § 868 besteht in dem Vorhandensein eines Verhältnisses, welches dem des Niessbrauchers, Pfandgläubigers usw. „ähnliches" sein muss.

Fraglich und bestritten ist es, ob der Inhalt des „ähnlichen Verhältnisses" durch den nachfolgenden Relativsatz: „vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist", völlig erschöpft sei, sodass ein jedes Verhältnis, auf das jener Satz zutrifft, das Prädikat „ähnlich" verdient, oder ob ein weiteres gemeinsames Merkmal aufzustellen sei, das aus den vom Gesetz angeführten besonderen Fällen mittelbar zu abstrahieren ist[1]).

Dies letztere ist m. E. anzunehmen; denn wollte man meinen, dass der Relativsatz die Begriffsbestimmung des „ähnlichen Verhältnisses" enthalte, so würde man dem Gesetze zutrauen, dass es den Begriff „ähnlich" allzusehr verflüchtigt und ihn als synonym mit „sonstig" oder ein „anderer" behandelt habe. Wenn demnach eine mit den Beispielsfällen des § 868 ähnliche Beschaffenheit als ein besonderes Erfordernis anerkannt werden muss, so fragt es sich, welche Eigenschaft jener namhaft gemachten Fälle es ist, in der Uebereinstimmung herrschen muss, um ein Verhältnis ihnen „ähnlich" nennen zu können, m. a. W., worin das — wenn man so sagen darf — tertium comperationis zu suchen ist.

---

[1]) Vgl Staudinger, Sachenrecht Bem. 2 § 868.

Endemann[1]) sieht das Charakteristische dieser „ähnlichen Verhältnisse" darin, dass der mittelbare Besitzer dem vermittelnden die Sache gegeben, sie ihm anvertraut haben muss. Endemann rechnet nun gleichwohl die gesetzlichen Vertreter, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker zu den vermittelnden Besitzern, obgleich der mittelbare Besitzer ihnen die Sachen nicht übergibt, sondern sie originär den unmittelbaren Besitz erwerben. Auch das Reichsgericht[2]) hat zu der Frage, was unter einem solchen „ähnlichen Verhältnisse" zu verstehen ist, Stellung genommen und sieht mit Planck[3]) das Kriterium des „ähnlichen Verhältnisses" darin, dass der vermittelnde Besitzer sein Recht von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsste.

Welcher Sinn wohnt nun aber dem Worte „ableiten" inne?

Da es, wie dargelegt, eine zu restriktive Auslegung sein würde, das Wort „ableiten" mit „anvertrauen" zu identifizieren, so bleibt u. E. nur übrig, in Uebereinstimmung mit Leonhard[4]) unter „ableiten" die Bezugnahme auf eine Erlaubnis zu verstehen, die von dem mittelbaren Besitzer ausgeht oder zu seinem Besten erteilt worden ist. Wenn der Nacherbe nun zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge weit entfernt ist, womöglich überhaupt nichts von dem Eintritt der Nacherbfolge weiss, so kann er natürlich selbst nicht die Erlaubnis geben. Hier tritt das Gesetz für ihn ein und erteilt sie zu seinem besten; § 2130 spricht zwar nur davon, dass der Vorerbe nur selber nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge verpflichtet ist, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmässigen Verwaltung ergibt. Doch da der Vorerbe

[1]) Endemann, Sachenrecht § 32, S. 126.
[2]) F.R.G. i. Z. Bd. 49, S. 173.
[3]) Planck, Sachenr. Bem. 2 zu § 868.
[4]) Leonhard in Ecks Vortr. Bd. 2, S. 61 Anm. 3.

tot ist, rücken, wie bereits erwähnt, die Erben des Vorerben in diese Verpflichtung ein. Sehr oft wird ja auch die Erlaubnis von dem Nacherben selber ausgehen, namentlich dann, wenn er von dem Eintritt der Nacherbfolge Kenntnis, aber nicht zugleich die Möglichkeit hat, das rechtliche Element mit dem tatsächlichen in Einklang zu bringen.

Da die Erben des Vorerben mithin ihren Besitz von dem Nacherben „ableiten", sind sie damit Besitzmittler geworden.

Der mit dem Tode des Vorerben auf den Nacherben übergehende Besitz, der das rechtliche Element auf den Nacherben mit der Möglichkeit der Verschaffung auch des tatsächlichen Elements übertrug, hat sich insoweit, allerdings nur unvollkommen verwirklicht, als die Möglichkeit der Verschaffung des tatsächlichen Elements sich nur in Form des mittelbaren Besitzes in der Person des Nacherben verkörpert.

Handeln dagegen die Erben des Vorerben in eigenem Interesse, z. B. benützen sie die zur Erbschaft gehörenden Pferde, um mit ihnen bis zu dem Zeitpunkt der definitiven Herausgabe für sich Rennen zu gewinnen, oder lassen sie ein zur Erbschaft gehörendes Grammophon unter von Stück zu Stück sich steigender Abnutzung der Platten spielen, so charakterisiert sich ihr Besitz als fehlerhaft im Sinne des § 858 Abs. 2. Dem Nacherben, auf den ja das rechtliche Moment im Besitz übergegangen ist, stehen dann die Besitzschutzmittel zur Seite. Von einem Verhältnis im Sinne des § 868 kann hier keine Rede sein, da diese Erben keine Besitzmittler sind.

In diesem Falle tritt der Besitz des Nacherben nur in der Erscheinungsform des rechtlichen Elements auf, das sich erst durch die Benutzung der Besitzschutzmittel mit dem tatsächlichen Element vereinigt.

§ 5.

Die Vererblichkeit des unmittelbaren Besitzes auf den Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge bei Lebzeiten des Vorerben.

§§ 1.

Der Vorerbe hat den vom Erblasser auf ihn übergegangenen unmittelbaren Besitz ausgeübt.

Der Eintritt der Nacherbfolge ist, wie wir oben gesehen haben, nicht gebunden an den Tod des Vorerben. Schon bei seinen Lebzeiten kann die Nacherbfolge eintreten. Bedingungen und Befristungen aller möglichen Art gewähren dem Erblasser die Möglichkeit, in souveräner Weise den Eintritt der Nacherbfolge zu bestimmen.

Es entsteht nun die wichtige Frage, ob auch in diesen Fällen die oben entwickelten Grundsätze zur Anwendung gelangen können.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass beide Fälle nicht identisch sind. In einem ungemein wichtigen Punkte ist die Rechtslage allerdings die gleiche, denn das rechtliche Element, das im Besitze schlummert, geht in beiden Fällen, mag der Eintritt der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammenfallen oder bei Lebzeiten des Vorerben erfolgen, auf den Nacherben über (§§ 2139, 857)[1].

Während jedoch bei Eintritt der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben dem rechtlichen Element es ein leichtes ist, den der Tendenz der Wiedervereinigung mit dem tatsächlichen Element entsprechenden Zustand herbeizuführen, stellen sich ihm hier grössere Schwierigkeiten in den Weg. Vor allem sind die verschiedenen Variationen der tatsächlichen Gewalt des Vorerben zu berücksichtigen, mit denen der Nacherbe zu rechnen hat. Wie bereits oben ausgeführt, ist es in der Praxis Ge-

[1]) § 2139 bezieht sich nämlich nicht bloss auf den Fall des Eintritts der Nacherbfolge beim Tode des Vorerben.

brauch, dass der Vorerbe schon während des Bestehens der Vorerbschaft an dem vom Erblasser überkommenen Sachen Besitz ergreift. Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben geht die von ihm erworbene tatsächliche Gewalt nicht wie bei seinem Tode unter, sondern sie bleibt bestehen; das rechtliche Element verkörpert sich in der Person des Nacherben, das tatsächliche in der Person des Vorerben. Mit der tatsächlichen Gewalt behält der Vorerbe aber auch den Besitz, da ja gemäss § 856 dieser nur dadurch beendigt wird, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert.

Es entsteht daher hier die Frage, in welcher Weise das rechtliche Element seine Tendenz verwirklicht, sich mit der tatsächlichen Gewalt zu vereinigen Die Rechtslage ist hier im allgemeinen die gleiche wie in den Fällen, wo die Erben des Vorerben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben während des schwebenden Interregnums an den zur Nacherbschaft gehörigen Sachen Besitz ergreifen. Nur ein gewichtiger Unterschied besteht zwischen beiden Fällen. Während die Erben des Vorerben erst neuen Besitz begründen müssen, da ja die tatsächliche Gewalt des Vorerben bei seinem Tode untergeht, ist und bleibt hier der Vorerbe Besitzer. Nur die Art seines Besitzes ändert sich.

Hat der Vorerbe schon während der Vorerbschaft den Besitz ausgeübt und setzt ihn nach dem Eintritt der Nacherbfolge im Interesse des Nacherben fort, so hat er die gleiche Stellung wie die Erben des Vorerben, welche die Verwaltung des Nachlasses bis zur Herausgabe fortsetzen Ihm kommt also hier nur die Stellung eines unmittelbaren Fremdbesitzers zu. Im übrigen sei für diesen Fall auf die obigen Ausführungen verwiesen.

§§ 2.

Der Vorerbe hat den vom Erblasser überkommenen unmittelbaren Besitz ergriffen,

a) weder vor noch nach Eintritt der Nacherbfolge,

b) nicht vor, wohl aber nach Eintritt der Nacherbfolge.

Der Fall, dass der Vorerbe weder vor noch nach dem Eintritt der Nacherbfolge Besitz ergriffen hat, wird besonders dann praktisch werden, wenn die Zeit der Vorerbschaft sehr eng begrenzt ist oder der Vorerbe nur eine kurze Spanne Zeit den Erblasser überlebt und der Nacherbe sofort zur Stelle ist. In diesem Falle geht der Besitz in seiner vollkommensten Form auf den Nacherben über.

Andererseits kann aber auch der Fall eintreten, dass der Vorerbe erst nach Eintritt der Nacherbfolge den Besitz an Sachen der Nacherbschaft ergreift, so z. B. wenn Sachen, die dem Erblasser verloren gegangen waren, erst jetzt dem Vorerben übermittelt werden, da die Polizei von dem Eintritt der Nacherbfolge keine Kenntnis hatte. Hierbei ist nun wieder zu unterscheiden, ob der Vorerbe an den Sachen Besitz ergreift mit dem Willen, sie bis zur Herausgabe ordnungsmässig zu verwalten, oder zur Durchsetzung eigener unberechtigter Interessen. Im ersteren Falle kommt stillschweigend, wie bereits oben ausgeführt, ein dem Verwahrer „ähnliches" Verhältnis zustande, wodurch der Vorerbe zur Stellung eines unmittelbaren Fremdbesitzers herabsinkt. Anders gestaltet sich natürlich die Rechtslage in dem zweiten Falle, wenn er den nunmehr erlangten Besitz des Nacherben aus eigennützigen Motiven ergreift. Er benützt beispielsweise als Zimmerbeleuchtung eine vom Erblasser verlorene, nach dem Eintritt der Nacherbfolge auf ihn überkommene, zum Nachlass gehörige Taschenlampe des Erblassers, deren Leuchtkraft von Sekunde zu Sekunde an Intensität einbüsst. Dann liegt „Entziehung des erworbenen Erben-

besitzes durch nunmehrigen ursprünglichen Erwerb von angemasstem Besitz vor“ [1]). Sein Besitz ist fehlerhaft im Sinne des § 858 B.G.B. Hier zeigt sich wieder der auf den Nacherben überkommene Besitz in seiner unvollkommensten Erscheinungsform; das rechtliche Element muss sich erst mittels der Besitzschutzmittel das tatsächliche Element verschaffen.

Aus obigen Darlegungen ergibt sich auch die Unrichtigkeit der Ansicht Endemanns [2]), der in jedem Falle eine Unrechtmässigkeit des Besitzes in der Person des Vorerben verneint. Er übersieht eben die Möglichkeit verschiedener Zeitpunkte, in welchen der Besitz im natürlichen Sinne in der Person des Vorerben existent werden kann, vor allem aber auch die verschiedene Willensrichtung, die beim Vorerben in Bezug auf die der Nacherbschaft unterliegenden Sachen vorhanden sein kann.

Ebenso berücksichtigt Biermann [3]), der den Besitz an Erbschaftssachen auf den Nacherben nur insoweit übergehen lässt, als die tatsächliche Gewalt des Vorerben nicht vorhanden ist, den Umstand hierbei nicht, dass der Besitz in der tatsächlichen Gewalt allein sich nicht erschöpft, sondern dass auch ein rechtliches Element in ihm schlummert, das von dem tatsächlichen Elemente sich trennen kann.

Auch die Ansicht Cromes [4]) ist abzulehnen, nach der die Anwendung des § 857 im Falle der zu Lebzeiten des Vorerben eintretenden Nacherbfolge darin liege, dass diese Vorschrift die Einigung des § 854 Abs. 2 ersetze, sodass also der Besitzerwerb durch den Nacherben stets dann Platz greife, wenn der Vorerbe ihn an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht hindere. Denn § 854 Abs. 2 ist selbst schon eine Ausnahme von dem

[1]) Vgl. Gierke, Dtsch. Pr. R. 2. Bd. § 115, S 240 ff

[2]) Endemann, Bd. II, Berlin 1905, S. 204 auch Anm. 17.

[3]) Biermann, Sachenrecht 1903, S. 15. Vgl. auch Turnau-Förster, Anm. zu § 857.

[4]) Crome, Bd. III, 1905, S. 17. Aehnlich Staudinger, 1910, Anm. zu § 857, Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 857.

Hauptanwendungsfall des § 854 Abs. 1. Ausnahmen sind aber nicht derart extensiv auszulegen. Bei solcher extensiven Interpretation dieses Paragraphen würde man sonst zu einer vollkommenen Verflüchtigung des Besitzbegriffes kommen.

In all den genannten Fällen ist dem Vorerben auch die Möglichkeit gegeben, ein eventuelles Zurückbehaltungsrecht, das nach den §§ 2124, 2125 i. V. mit § 273 begründet ist, geltend zu machen, da er ja ebenfalls Besitzer ist. Weigert er sich auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts, das tatsächliche Element dem Erben zu verschaffen, so besitzt er trotzdessen nicht fehlerhaft, da er sich einer vom Nacherben gegen ihn angestrengten Besitzklage gegenüber auf sein Zurückbehaltungsrecht (§ 273) zum Nachweise dafür berufen kann, dass nicht verbotene Eigenmacht vorliegt (§§ 863, 858). Wenn Strohal[1]) daher sagt, dass der vom Vorerben ergriffene Besitz schon aus dem Grunde nicht auf den Nacherben übergehen könne, weil sonst das Zurückbehaltungsrecht illusorisch würde, so erscheint auch diese Ansicht nach obigen Darlegungen hinfällig.

§ 6.

Die Vererblichkeit des mittelbaren Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben.

Die grundsätzliche Verschiedenheit des mittelbaren Besitzes vom unmittelbaren Besitze ergibt sich im allgemeinen schon aus den obigen Ausführungen. Während beim unmittelbaren Besitze das tatsächliche und rechtliche Element grundsätzlich eng verknüpft sind, ist der mittelbare Besitz von der tatsächlichen Beziehung zur Sache fast ganz losgelöst. Ja wir haben sogar gesehen, dass beim mittelbaren Besitz entfernteren Grades von einem tatsächlichen Element im Besitze kaum noch gesprochen werden kann. Der mittelbare Besitz in seiner

[1]) Strohal, Bd. II, S. 75.

Eigenschaft als Rechtsverhältnis des Besitzes ist, wie wir oben dargelegt haben, einmal Bestandteil der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft (§ 2139) und geht mit dieser zusammen gemäss § 2139 auf den Nacherben über, dann aber steht auch, wie oben gezeigt, § 857 der Vererbung des rechtlichen Elementes und damit des mittelbaren Besitzes auch dem Nacherben nicht entgegen[1]).

Nicht zutreffend ist es u. E., wie Kniep[2]) annimmt, schon während der Zeit des Bestehens der Vorerbschaft dem Nacherben bedingten mittelbaren Besitz zu zuerkennen. Diese seine Annahme hängt jedoch mit seiner vereinzelt dastehenden Auffassung der Vererblichkeit des Besitzes im allgemeinen zusammen. Das Wort „Besitz" in § 857 bedeutet nach ihm nichts weiter als einen besonderen Anspruch des Erben auf den Besitz. Gegen diese Ansicht spricht einmal der Wortlaut des § 857, der schlechthin von „Besitz" spricht. Hierunter ist nach der Ausdrucksweise des B.G.B. der unmittelbare wie der mittelbare Besitz zu verstehen[3]). Ferner lässt Kniep ausser acht, dass sich die dem Erben durch § 857 gewährte Rechtsstellung nicht in dem Anspruche auf Erlangung des Besitzes erschöpft, sondern eine Reihe weiterer rechtlicher Möglichkeiten einschliesst (er hat ja auch sämtliche Ansprüche gegen verbotene Eigenmacht). Ausserdem verstösst die Auffassung gegen die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze, wonach auf den Erben nur übergehen kann, was bereits der Erblasser in seinem Besitz hatte. Ein solches von jeder tatsächlichen Beziehung zur Sache losgelöstes Recht, wie es Kniep konstruiert, hat aber der Erblasser niemals gehabt, und es erscheint ausgeschlossen, dass jemand etwas vererben könne, was ihm selbst niemals zugestanden hat. Auch fehlt es für die Annahme eines bedingten mittelbaren Besitzes des Nacherben zur

[1]) Vgl. Planck, Erbr. Anm. zu § 2139.

[2]) Kniep, Besitz d. B.G.B. 1900, S. 184.

[3]) Vgl. Planck Anm. zu § 868; a. A. Strohal, Sachbesitz S. 29; Wendt im Arch. Ziv. Prax. Bd. 87, S. 48

Zeit des Bestehens der Vorerbschaft an dem dem Niessbraucher, Pfandgläubiger, usw. „ähnlichen Verhältnisse“ des § 868. Die zeitliche Besitzberechtigung ist zwar auf seiten des unmittelbaren Besitzers, des Vorerben, vorhanden. Doch wie wir oben gesehen haben, erschöpft sich hierin das Kriterium des „ähnlichen“ Verhältnisses nicht, sondern es muss hinzukommen, dass der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitet. Mag man auch das Wort „ableiten“ noch so weit auffassen, zu einer Bejahung des Vorhandenseins eines „ähnlichen Verhältnisses“ zwischen Vorerben und Nacherben während der Zeit der Vorerbschaft wird man nicht gelangen. Denn während dieser Zeit ist es die Person des Erblassers, von der der Vorerbe seinen unmittelbaren Besitz ableitet. Es ist ja sogar unter Umständen möglich, dass zur Zeit des Bestehens der Vorerbschaft der Nacherbe noch gar nicht existiert.

Der unmittelbare Uebergang des mittelbaren Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben lässt sich aber auch auf einem Umwege erreichen [1]). Jeder mittelbare Besitz nämlich setzt, wie bereits oben dargelegt, seinem Wesen nach ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis voraus, vermöge dessen der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Vermöge dieses Verhältnisses steht dem mittelbaren Besitzer stets ein obligatorischer Rückforderungsanspruch zu (vgl. hierzu auch § 870) [2]). Die Rechtsverhältnisse, die der Erblasser begründet, sind, wie sich aus den oben dargelegten Begriffe des Vermögens ergibt, — als zur Erbschaft gehörend anzusehen. Sie gehen also auch als zur Erbschaft gehörig

[1]) So Strohal Bd. II, S. 73 ff.

[2]) Daneben kann aber auch für denselben gleichzeitig ein dinglicher Anspruch auf Grund des § 985 entstanden sein: auch als Eigentümer kann er von dem (unmittelbaren) Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen (§ 985) Dieser dingliche Herausgabeanspruch kommt aber hier nicht in Frage.

auf den Nacherben über (§ 2139). Der Nacherbe tritt ipso jure in diese Rechtsverhälltnisse ein. Mit diesem Eintritt ist aber auch zugleich der Uebergang des obligatorischen Anspruches vollzogen. Manche[1]) sehen nun in dem mittelbaren Besitz nichts anderes als eine reine Fiktion, deren Kern das einen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Verhältnis sei. Hiernach wäre also schon mit dem Uebergange des obligatorischen Herausgabeanspruches, der ja zur Erbschaft als solcher gehört, mittelbarer Besitz übergegangen. Dies wird ja auch in der Regel der Fall sein, denn gewöhnlich wird der Besitzmittler den Willen, den Besitz für einen anderen auszuüben, nicht aufgeben. Dennoch ist aber die Möglicheit vorhanden, dass in dem Momente der Abtretung des Herausgabeanspruches bei dem Besitzmittler eine Aenderungs eines Besitzwillens eintritt, z. B. er unterschlägt das ihm anvertraute Geld, dann ist zwar das obligatorische Recht übergegangen, aber nicht der mittelbare Besitz, da eine Besitzvermittelung nicht mehr besteht. In dem Uebergange des obligatorischen Anspruches geht demnach zugleich mittelbarer Besitz nur über, wenn der unmittelbare Besitzer auf Grund des Rechtsverhältnisses auch wirklich als Besitzmittler besitzt.

Doch diesen Umweg brauchen wir, wie schon oben erwähnt, nicht zu benutzen, da wir schon aus dem Charakter des mittelbaren Besitzes als einen Besitzes, bei dem das rechtliche Element vom tatsächlichen Element im Besitz fast gänzlich getrennt ist, mit dem Uebergange des rechtlichen Elements zugleich auch die Vererbung des mittelbaren Besitzes der zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben bejahen können. U. E. ist es auch nicht zutreffend, wie Strohal[2]) es tut, den unmittelbaren Uebergang des Besitzes, der zum Nachlass gehörigen

[1]) Vgl. insbes Wendt, Arch. Ziv Praxis Bd. 87, S. 49.

[2]) Strohal, Bd. II, S. 73 ff; ebenso Staudinger, Anm. zu a. A. Planck, Anm. zu § 2139; § 2139; Kress, Besitz u. Recht S. 218.

Sachen auf den Nacherben nur dann anzunehmen, wenn der Fall der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt; denn auch im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge bei Lebzeiten des Vorerben bleibt ja hier ein tatsächliches Element nicht zurück.

Während wir bei der Vererbung des unmittelbaren Besitzes auf den Nacherben einen Unterschied anerkannten zwischen dem vom Erblasser herrührenden unmittelbaren Besitze und dem unmittelbaren Besitze, den der Vorerbe völlig selbständig an zum Nachlass gehörigen Sachen begründet hat, erübrigt sich diese Unterscheidung beim mittelbaren Besitze. Denn auch der mittelbare Besitz, den der Vorerbe an zum Nachlass gehörigen Sachen erst begründet, z. B. er vermietet eine zum Nachlass gehörige Sache, wird gemäss § 2111 kraft Surrogation dieser Bestandteile zur Erbschaft. Der unmittelbare Besitz geht aus der Erbschaft heraus, und an seine Stelle tritt der mittelbare Besitz als Teil des zur Erbschaft gelangten Herausgabeanspruchs. Das zur Erbschaft gelangte Surrogat besteht also einmal in dem Rechte auf Rückgabe und in dem auch einen Geldwert repräsentierenden mittelbaren Besitz.

Die Richtigkeit dieser Annahme wird vom Gesetz selbst bestätigt. So bestimmt § 2173: „Vermietet oder verpachtet der Vorerbe ein erbschaftliches Grundstück über die Dauer seines Rechtes hinaus, so finden die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung". Dies heisst, der Nacherbe tritt an die Stelle des Vorerben in die Rechte und Pflichten des Vermieters, bezw. Verpächters ein. Er erlangt damit also auch den obligatorischen Herausgabeanspruch und damit den mittelbaren Besitz.

Denkbar ist auch der Fall, dass auf den Nacherben ipso iure mittelbarer Besitz einer bis zum Eintritt der Nacherbfolge in unmittelbaren Besitz des Vorerben stehenden Sache übergeht. War nämlich der Vorerbe unmittelbarer, der Erblasser dagegen mittelbarer Besitzer,

dann erlischt mit dem Tode des Erblassers das mittelbare Besitzverhältnis. Mit Eintritt des Falles der Nacherbfolge werden aber gemäss § 2143 die durch Konfusion erloschenen Rechtsverhältnisse ipso iure und mit dinglicher Wirkung wieder hergestellt, d. h. auch das mittelbare Besitzverhältnis, das während der Zeit der Vorerbschaft überhaupt nicht bestanden hat, lebt wieder auf, der Nacherbe wird mithin mit Eintritt des Falls der Nacherbfolge ipso iure mittelbarer Besitzer. Als Beispiel hierzu sei folgender Fall erwähnt: Der Erblasser hat dem Vorerben X zu seinen Lebzeiten eine Sache zur Verwahrung gegeben, ihm den Besitz an der Sache verschafft, ihn dann zum Vorerben und den Y zum Nacherben eingesetzt.

Schluss.

Die wichtigsten Folgen der Vererblichkeit des Besitzes an den zum Nachlass gehörigen Sachen auf den Nacherben sind bereits im Rahmen der Ausführung erwähnt worden; vor allem ist in den einzelnen Fällen auf die auch dem Nacherben zustehenden Besitzschutzmittel hingewiesen worden, die dem Streben des rechtlichen Elements im Besitz auf Vereinigung mit dem tatsächlichen zum Siege verhalfen.

Während also bisher immer nur der Vorteile gedacht worden ist, welche die Besitzvererblichkeit dem Nacherben gewährt, sei hier noch ein Blick auf die hierdurch dem Nacherben treffenden Nachteile geworfen. Eine Frage steht da ganz besonders im Mittelpunkt des Interesses: Muss der Nacherbe auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorerben gegen sich gelten lassen?

Zwei verschiedene Fälle werden wir hierbei unterscheiden müssen.

Kennt der Nacherbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorerben, dann findet auf ihn § 858 Abs. 2 Anwendung, wonach der Nachfolger im Besitze — das Gesetz braucht hier nicht den Ausdruck Rechtsnachfolger —

den Makel der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muss.

Mehr Schwierigkeiten bietet auf den ersten Blick die Frage, ob der Nacherbe, ohne Rücksicht auf seine Kenntnis in seiner Eigenschaft als Erbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorerben gegen sich gelten lassen muss. Doch auch diese Frage beantwortet sich einmal schon durch die obigen Ausführungen. Das Rechtsverhältnis des Besitzes, als Bestandteil der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft, geht auf den Nacherben so über, wie es beim Vorerben bezw. Erblasser bestanden hatte, also auch mit etwaigen Mängeln und Fehlern behaftet. Mit dieser allgemeinen Erwägung lässt sich aber auch die besondere Bestimmung des § 858 Abs. 2 in Einklang bringen. Diese spricht zwar nur davon, dass der „Erbe des Besitzers" die Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen müsse. Fasst man hier den Ausdruck „Besitzer" nur in dem engen Sinne des unmittelbaren Vorbesitzers auf, so wäre allerdings die Vorschrift auf den Nacherben nicht anwendbar, da ja der Nacherbe Erbe des Erblassers und nicht des Vorerben ist. Doch diese enge Auslegung würde unbillige Resultate zur Folge haben. Man vergegenwärtige sich z. B. den Fall, dass der Erblasser zwei Personen zu Erben einsetzt, von denen die eine vor dem Erbfall geboren ist, die andere zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist. Diese letztere Person gilt gemäss § 2101 Abs. 1 im Zweifel als zum Nacherben berufen. Es wäre hier wohl sicher als Härte zu empfinden, wenn nur die vor dem Erbfall geborene Person die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Erblassers gegen sich gelten lassen müsste. Man wird daher die Vorschrift des § 858 Abs. 2, um zu einer für die Praxis billigen Entscheidung zu kommen, extensiv auszulegen haben.

Ebenso wie wir oben unter den Begriff des „Erben" in § 857 nicht nur den rechneten, der unmittelbar dem Erblasser folgte, so werden wir auch hier unter dem Ausdruck des § 858 Abs. 2 Erbe des „Besitzers" nicht nur

den Erben des unmittelbaren, sondern auch den des mittelbaren Vorbesitzers, des Erblassers, zu verstehen haben und so auch auf diesem Wege zur Anwendung der Vorschrift des § 858 Abs. 2 Satz 2 auf den Nacherben gelangen.

Lebenslauf.

Am 6. Januar 1889 wurde ich, Erhard Neuwiem, katholischer Konfession, in Schweidnitz als Sohn des jetzigen Ober-Telegraphensekretärs Paul Neuwiem in Breslau und seiner Ehefrau Franziska geb. Liebig geboren.

Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Königl. St. Matthiasgymnasium in Breslau, wo ich 1899 in die Sexta eintrat, und später auf dem Königl. Gymnasium zu Ohlau, das ich Ostern 1908 mit dem Reifezeugnis verliess.

Darauf studierte ich in Breslau 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 29. Mai 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „Gut“ und am 20. Juni 1911 das Rigorosum.

Vom Juni 1911 bis Ende März 1912 war ich dem Königl. Amtsgericht in Landeshut i. Schles. als Referendar zur Ausbildung überwiesen.

Gegenwärtig bin ich als Referendar beim Königl. Landgericht in Breslau beschäftigt.